Berufliche Privilegien und Zeugnisverweigerungsrechte im englischen und deutschen Zivilprozeß

Unter besonderer Berücksichtigung der Aussageverweigerungsrechte auf Grund von Anwaltsbeziehungen

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Christa Pietsch
aus Empede

1973

Göttingen 1974

Berufliche Privilegien und Zeugnisverweigerungsrechte im englischen und deutschen Zivilprozeß

Unter besonderer Berücksichtigung der Aussageverweigerungsrechte auf Grund von Anwaltsbeziehungen

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Christa Pietsch

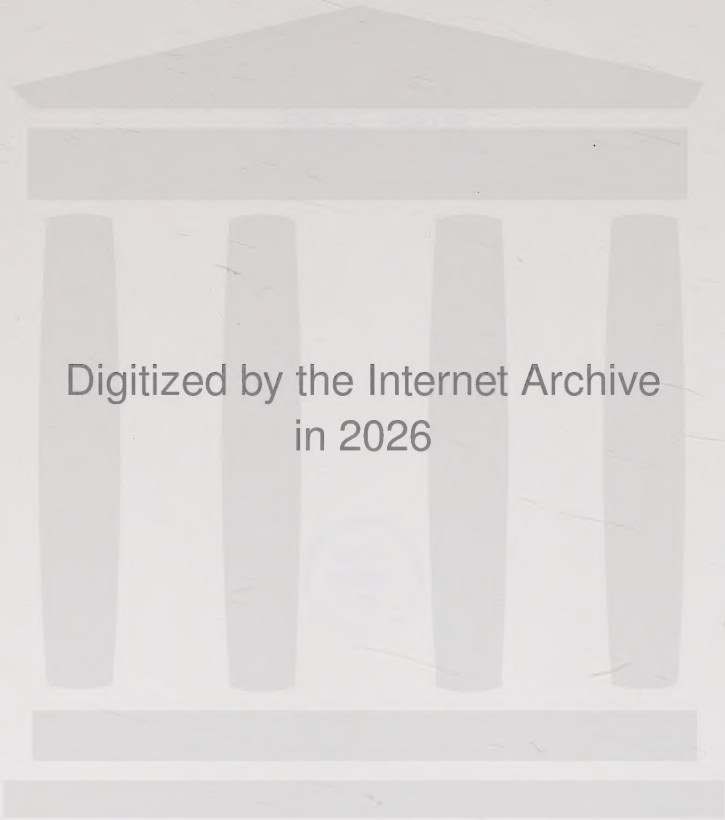
aus Empede

Göttingen 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. W. Henckel
Mitberichterstatter: Prof. Dr. L. Häsemeyer
Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.1973

MEINEN ELTERN


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534919_0048

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
1. Teil: Berufliche Privilegien und Zeugnisverweigerungsrechte - Entwicklung und Schutzzwecke	4
1. Abschnitt: Die Entwicklung beruflicher Privilegien in England	4
A. Das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen	7
B. Das ärztliche Privileg	13
C. Das priesterliche Privileg	22
I. Die mittelalterliche Periode	22
II. Das sechzehnte und siebzehnte Jahrhundert	23
III. Die Zeit nach der Restauration bis heute	27
IV. Exkurs: Die Entwicklung der Rechtsprechung in der Republik Irland	34
V. Andere Fälle der Befreiung des Geistlichen von der allgemeinen Zeugnispflicht	38
1. Durch das privilege against self-incrimination	38
2. Durch das Privileg für without prejudice geführte Verhandlungen	41
D. Das Privileg für Journalisten	46
I. Die Rechtsprechung in Prozessen wegen Pressebeleidigungen	46

Seite

II. Die Rechtsprechung in anderen Fällen 56

III. Kritik der neueren Rechtsprechung 66

1. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit 66
2. Die Beweislast in libel-Prozessen 67

IV. Gründe für ein Presseprivileg 68

1. Berufsethische Forderungen 68
2. Erwerbswirtschaftliche Gesichtspunkte 69
3. Analogie zum Privileg für das Polizisten-Informanten-Verhältnis 7o
4. Die Informationsfreiheit der Presse 7o

E. Andere berufliche Privilegien 74

I. Für den Psychiater 75

II. Für Buchprüfer 76

III. Für Sozialarbeiter 77

IV. Das Privileg für Patentanwälte: eine echte Ausnahme? 79

2. Abschnitt: Besonderer Schutzzweck des Privilegs auf Grund von Anwaltsbeziehungen 82

A. Policy considerations in Rechtsprechung und Literatur 82

B. Die eigene Deutung des Schutzzwecks 83

I. Erster Fall: Der Schutz bei der Rechtsberatung 84

II. Zweiter Fall: Der Schutz bei der Prozeßführung 86

Seite

1. Die gegenseitigen Aufklärungspflichten der Parteien 86

2. Die Einschränkung der Aufklärungspflichten durch das legal professional privilege 89

III. Ergebnis 91

3. Abschnitt: Umfang und Schutzzweck der Zeugnisverweigerungsrechte nach § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO 93

A. Das geltende Recht 93

I. § 383 I Nr. 4 ZPO: Schutz für Geistliche? 95

II. Erfaßt § 383 I Nr. 5 ZPO auch Presseangehörige? 99

B. Bestätigung des heutigen Verständnisses des § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO durch seine historische Entwicklung 1o6

I. Berufliche Zeugnisverweigerungsrechte im gemeinen Zivilprozeß 1o6

1. Die Regelung beruflicher Schweigepflichten 1o6

a. Für Geistliche 1o6

b. Für Rechtsbeistände 1o8

c. Für Ärzte 1o9

2. Das Berufsgeheimnis im Zivilprozeß 111

a. Die Beweiskraftregeln und die Zulässigkeit der Zeugen 112

b. Das Zeugnisverweigerungsrecht 114

Seite

II. Die Rechtsentwicklung bis zur Schaffung des RStGB und der CPO von 1877 115

1. Die strafrechtlichen Sanktionen für den Bruch von beruflichen Geheimhaltungspflichten 116

2. Die prozeßrechtlichen Konsequenzen 118

C. Ergebnis 119

2. Teil: Voraussetzungen und Umfang von Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund von Anwaltsbeziehungen 122

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen 122

A. Der Konsultierte muß die Tatsache in seiner Eigenschaft als Anwalt erfahren haben 125

I. Es muß ein Anwalt konsultiert worden sein 125

1. Die berufliche Qualifikation des Geheimnisträgers 125

2. Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht für Gehilfen des Anwalts 126

3. Die Beteiligung von Hilfspersonen des Mandanten 128

II. Der Anwalt muß die Tatsache im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfahren haben 133

B. Hinsichtlich der mitgeteilten Tatsache muß eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bestehen 137

Seite

I. Kommunikationen zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt unter Einschluß ihrer Hilfspersonen 137

1. Der Umfang des Vertrauensverhältnisses 137

a. Zeitliche Grenzen 137

b. Rechtliche Grenzen 14o

2. Rechtsberatungen für mehrere Personen 143

a. Unterschiedliche Lösungen in England und Deutschland 143

b. Kritik 145

c. Lösungsvorschläge für einzelne Fallgruppen 146

d. Ein Sonderfall: Rechtsberatung für Gesellschaften und Vereine 151

II. Kommunikationen zwischen dem Anwalt und Dritten 154

1. Die strengeren Voraussetzungen des Privilegs 154

2. Die Mängel der englischen Rechtspraxis 157

a. Die Kritik Comertons 157

b. Die eigene Stellungnahme 16o

3. Die Regelung des § 383 I Nr. 5 ZPO 163

III. Kommunikationen zwischen dem Mandanten und Dritten 165

C. Die Tatsache muß anvertraut worden sein 166

I. Der Schutz von Beobachtungen, die der Anwalt anläßlich der Rechtsberatung gemacht hat 167

1. Durch das legal professional privilege 167

2. Durch das Zeugnisverweigerungsrecht 17o

Seite

II. Geheimnisse dritter Personen 172

III. Der Vertrauensschutz bei Anwesenheit Dritter 175

1. Mit Einwilligung des Mandanten 175
2. Ohne Einwilligung des Mandanten 176

2. Abschnitt: Die Aussageermächtigung 179

A. Der Erklärungsbefugte 179

B. Die Zeugnispflicht des Anwalts nach erteilter Aussageermächtigung 181

I. Die Lösungsvorschläge 182

1. Eb. Schmidt und Bockelmann 182
2. Göppinger 183
3. A. Kaufmann 183

II. Kritik 184

C. Der Widerruf der Aussageermächtigung 187

I. Der Widerruf einer Aussageermächtigung nach bereits erfolgter Aussage 188

II. Der Widerruf der Aussageermächtigung vor Beginn der Zeugenaussage 189

3. Abschnitt: Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht im Falle nachträglicher Auswechselung ihrer Subjekte 195

A. Erweiterung des Geheimnisschutzes in der Sphäre des Anwalts 195

Seite

B. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes in der Sphäre des Mandanten 199

I. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes zu Lebzeiten des Geheimnisherrn 199

1. Die Entbindungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters und anderer zur Vermögensverwaltung befugter Personen 2oo

a. Der Meinungsstand in der deutschen Rechtsprechung und Literatur 2oo

b. Das englische Recht 2o8

2. Die Entbindungsbefugnis im Falle der Singularsukzession 2o8

II. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes nach dem Tode des Geheimnisherrn 2o9

1. Die anglo-amerikanische Lösung 21o

a. Erbprätendentenstreitigkeiten 21o

b. Sonstige vermögensrechtliche Streitigkeiten 212

2. Die Anwendung des § 385 II ZPO 213

a. Erbprätendentenstreitigkeiten 216

b. Andere Fälle 221

III. Schlußbetrachtung 226

ABKÜRZUNGEN

A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
All E.R.	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Reichsabgabenordnung
ArchPR	Archiv für Presserecht
Art.	Artikel
Atk.	Atkyn's Reports
Aufl.	Auflage
A. & E.	Adolphus & Ellis' Reports
BayLSG	Bayerisches Landesozialgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Beav.	Beavan's Reports
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bing.	Bingham's Reports
Bing.N.C.	Bingham's New Cases
Bl. d. Wohlfahrtspflege	Blätter der Wohlfahrtspflege
BNotO	Bundesnotarordnung
BT Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages
B. & Adol.	Barnewall and Adolphus' Reports
B. & B.	Broderip and Bingham's Reports
B. & S.	Best & Smith's Reports

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
c.	chapter (engl.)
C.A.	Court of Appeal
Camp.N.P.	Campbell's Reports, Nisi Prius
Can.Bar.Rev.	Canadian Bar Review
Car. & P.	Carrington & Payne's N.P. Reports
Cary	Cary's Chancery Reports
C.B.	Chief Baron
Ch.	Chapter (amer.)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
C.J.	(Lord) Chief Justice
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
Cmd.	Command Paper
Com.B.	Common Bench Reports
Cowp.	Cowper's Reports
C.P.D.	Law Reports, Common Pleas Division
Cr.App.Rep.	Cohen's Criminal Appeal Reports
C. & P.	Carrington and Payne's Reports
Curt.	Curteis' Ecclesiastical Reports
D.	Dunlop, Bell & Murray's Reports
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
D.L.R.	Dominian Law Reports
East	East's Reports
Ed.	Edition
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
Eng.Rep.	English Reports
Esp.	Espinasse's Reports, Nisi Prius
Esp.N.P.	Wie Esp.
Exch.	Exchequer Reports
Ex.C.R.	Canada Exchequer Court Reports
Ex.D.	Law Reports, Exchequer Division

f., ff.	folgende (Seite, Seiten)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
Forts.	Fortsetzung
Freem.Ch.	Freeman's Reports, Chancery
F. & F.	Foster and Finlason's Reports
GeschlKrankG	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. v. Gruchot
Hare	Hare's Reports, Chancery
Harv.J.Legis.	Harvard Journal on Legislation
H.L.	House of Lords
How.St.Tr.	Howell's English State Trials
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hurl. & Nor.	Hurlstone & Norman's Reports
ibid.	ibidem
I.C.L.R.	Irish Common Law Reports
I.L.T.	The Irish Law Times and Solicitor's Journal
I.L.T.R.	Irish Law Times Reports
IPI	International Press Institute
I.R.	Irish Reports
I.R.C.L.	Irish Reports, Common Law Series
J.	Justice
John. & H.	Johnson and Hemming's Reports
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench
KG	Kammergericht
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

L.J.	The Law Journal
L.J.	Lord Justice
L.J.Ch.	Law Journal, Chancery
LG	Landgericht
Loyola L.Rev.	Loyola Law Review
LPG	Landespressegesetz
L.Q.R.	Law Quaterly Review
L.R.(Vol.)C.P.	Law Reports, Common Pleas
L.R.(Vol.)Eq.	Law Reports, Equity Cases
L.R.I.	Law Reports (Ireland)
L.T.	Law Times
Mac. & G.	Macnaghten and Gordon's Reports
Mass.	Massachusetts Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Mees. & Wels.	Meeson and Welsby's Reports
MfPTh	Monatsschrift für Pastoraltheologie
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
Mich.Rep.	Michigan Reports
M.L.R.	Modern Law Review
Moo.C.C.	Moody's Crown Cases Reserved
Mood. & Malk.	Moody and Malkin's Reports
Mood. & R.	Moody and Robinson's Reports
M.R.	Master of the Rolls
Myl. & K.	Mylne and Keen's Reports
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
N.J.	New Jersey Reports
N.J.Super.	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
No.Ire.L.Q.	Northern Ireland Legal Quaterly
Nr.	Nummer
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.Rev.Stat.	Revised Statutes of New York
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review

O.	Order
Ohio State L.J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. v. Mugdan u. Falkmann
P.	President
P.	Law Reports, Probate, Divorce and Admirality Division
par.	paragraph
P.D.	Law Reports, Probate, Divorce, and Admirality Division (1875-189o)
Peake	Peake's Reports
Peake Add.Cas.	Peake's Additional Cases
Price	Price's Reports
Pt.	Part
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division (1841-1852; 1875-189o)
Que.Code.Civ.Proc.	Code de procédure civil de la Province de Québec
r.(rr.)	rule(s)
Rail.	Railway
Randz.	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
R.P.C.	Reports of Patent Cases
R.S.C.	Rules of the Supreme Court
Ry. & M.	Ryan and Moody's Reports
S.	Seite
SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sächs. Ann.	Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden

Sächs.Arch.	Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß
Sask.Magis.ct.	Saskatchewan Magistrate's Court
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sec.	Section
SFJ	Sammlung aktueller Entscheidungen aus dem Sozial-, Familien- und Jugendrecht
S.J.	The Solicitor's Journal
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Skin.	Skinner's Reports
Sp.	Spalte
StPO	Strafprozeßordnung
Sw. & Tr.	Swabey and Tristram's Reports
Swanst.	Swanston's Reports
Temp.L.Q.	Temple Law Quaterly
Term Rep.	Term Reports
Tit.	Title
T.L.R.	The Times Law Reports (1884-1950)
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
v.	versus
Vand.L.R.	Vanderbilt Law Review
Ves.Jun.	Vesey Jun.'s Reports
Vgl.	Vergleiche
Vol.	Volume
Wash.U.L.Q.	Washington University Law Quarterly
W.L.R.	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
Younge & J.	Younge and Jervis' Reports
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZV	Zeitungs-Verlag (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

LITERATURVERZEICHNIS

Badeley, Edward	The Privilege of Religous Confessions in English Courts of Justice Considered in a Letter to a Friend. London 1865
Badewitz, Hans	Der Zeugniszwang gegen die Presse. Presse und Welt. Bd. 6, München 1952
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. 31. Aufl., München 1973
Becker, W.	Das soziale Geheimnis und seine Anerkennung im Rechtsleben, MDR 1967, 793
Bentham, Jeremy	Rationale of Judicial Evidence. The Works of Jeremy Bentham. Vol. VII. (Bowring Ed.) Edinburgh 1842
Best, W.M.	The Principles of the Law of Evidence. 12th Ed. by L. Phipson. London 1922
Beytagh, Francis X.	Constitutional Law - Freedom of the Press - Right of News Media Personnel to Refuse to Disclose Confidential Sources of Information. (1962), 61 Mich.L.Rev. 184
Bockelmann, Paul	Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit. In: Recht und Medizin im Dienste der Verkehrssicherheit. Schriften der Landesverkehrswacht Hamburg e.V., Nr. 3. Hamburg 1962
Bosch, Friedrich Wilhelm	Anmerkung zum Beschluß des OLG Nürnberg v. 25.11.1962, FamRZ 1963, 262
	Grundsatzfragen des Beweisrechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre. Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Bd. 24. Bielefeld 1963

Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht. Berlin und Frankfurt 1968
Carter, P.B.	The Journalist, his Informant and Testimonial Privilege. (1960), 35 N.Y.U.L.Rev. 1111
Chafee, Zachariah	Privileged Communications: Is Justice Served or Obstructed by Closing the Doctor's Mouth on the Witness Stand? (1943), 52 Yale L.J. 607
Cheshire-North	Cheshire's Private International Law. 8th Ed., London 1970
Cleary, Edward W.	Hickman v. Jencks. Jurisprudence of the Adversary System. (1961), 14 Vand. L.R. 865
Cohn, Ernst Joseph	Der englische Gerichtstag. Heft 56 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Köln und Opladen 1956
	Das Reich des Anwalts. Anwaltsberuf und Anwaltsstand in England. Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung. Heft 7. Heidelberg 1949
	Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts. In: Erinnerungsgabe für Max Grünhut. Hrsg. v. Hilde Kaufmann, Erich Schwinge und Hans Welzel. Marburg 1965, S. 31
	Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im deutschen und englischen Zivilprozeß. In: Festschrift für Fritz von Hippel. Zum 70. Geburtstag. Hrsg. v. Josef Esser und Hans Thieme. Tübingen 1967, S. 41
Comerton, Alan E.	The Legal Professional Privilege in England Today: A Suggested New Approach. (1964), 15 No.Ire.L.Q. 510
Conrad, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch. Bd. I, Frühzeit und Mittelalter. 2. Aufl., Karlsruhe 1962 Bd. II, Neuzeit bis 1806. Karlsruhe 1966

Cramer, Peter	Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Bd. 359/ 36o. Tübingen 1968
Cross, Rupert	Evidence. 3rd Ed., London 1967 Supplement to Third Edition. London 1969
Curti, Arthur	Englands Zivilprozeß. Berlin 1928
D'Alemberte, Talbot	Journalists Under the Axe: Protection of Confidential Sources of Information (1969), 6 Harv.J.Legis. 3o7
Dallinger, Wilhelm	Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953, 432
Lord Devlin	What I've Learned About the Press. The Observer, 5th of October 1969, S. 6
De Witt, Clinton	Privileged Communications Between Physician and Patient. Springfield, Illinois, 1958
Dicey-Morris	On the Conflict of Laws. 8th Ed., London 1967
Döhring, Erich	Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 15oo. Berlin 1953
Drobile, James A.	The Journalist and his Confidential Informants - Should they be Privileged from Compulsory Disclosure? (1959), 32 Temp.L.Q. 432
Ebermayer, Ludwig	Arzt und Patient in der Rechtsprechung. Berlin 1925
	Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte. Leipzig 193o
Ebner, A.	Die Zeugnispflicht des Schriftleiters, ZV, 29. Jahrgang 1928, Nr. 17, Sp. 847

Edwards, K.B.	Accountant's Duty to Secrecy and Care. (1960), 110 L.J. 714
Endemann, Wilhelm	Die Beweislehre des Civilprocesses. Heidelberg 1860
Entwurf	einer allgemeinen Civilprocessordnung für die deutschen Bundesstaaten. Nach den von der deutschen Civilprocess-Commission zu Hannover bei der zweiten und letzten Lesung gefaßten Beschlüssen. Hrsg. v. J. Struckmann. Hannover 1866
Entwurf	einer allgemeinen deutschen Civilprocessordnung. Nach den von der deutschen Civilprocess-Commission zu Hannover bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen. Hrsg. v. G.R. Perterssen, J. Struckmann. Hannover 1864
Entwurf	der Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Hannover. Als Manuskript gedruckt, Hannover 1835
Entwurf	einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund. Berlin 1870
Entwurf	einer Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat. Berlin 1864
Entwurf	eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen. Berlin 1870
Erdsiek, Gerhard	1. Zur Schweigepflicht des Arztes nach dem Tode des Patienten. 2. Verfassungswidrigkeit des § 142 StGB?, NJW 1963, 632
Flor, Georg	Beruf und Schweigepflicht - Eine Gegenüberstellung, JR 1953, 368
	Zum Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen, MfPTh 1953, 14

Freedman, Samuel	Medical Privilege. (1954), 32 Can.Bar. Rev. 1
Friedlaender, Adolph und Max	Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878. 3. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1930
Friedlaender	Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 1.7.1924, JW 1924, 1265
Garland, Heinrich B.	Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozeßreform. Berlin 1930
Giesen, Alexander	Der Zeugniszwang gegen die Presse. Frankfurt/Main 1906
Göppinger, Hans	Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenblättern, NJW 1958, 241
Goff & Jones	The Law of Restitution. London 1966
Goodhart, Arthur L.	Freedom of the Press. Wash.U.L.Q. 1964, 248
Gross, Rudolf	Die Verfassungsmäßigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts der Presse, NJW 1968, 2368
Gubler-Corti, F.T.	Zum Problem des Zeugnisverweigerungsrechts der Journalisten. In: Verantwortung. Eine Festschrift. Willi Bretscher. Zum 60. Geburtstag. Zürich 1957, S. 185
Guest, James A. and Stanzler, Alan L.	The Constitutional Argument for Newsmen Concealing Their Sources. (1969), 64 Nw.U.L.Rev. 18
Habscheid, Walther	Zur Schweigepflicht des Anwalts nach dem Tode seines Mandanten, AnwBl. 1964, 302
Hachenburg	Juristische Rundschau, DJZ 1928, Sp. 497

Hackel, Wolfgang	Drittheimnisse innerhalb der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 1969, 2257
Häntzschel, Kurt	Anmerkung zum Beschluß des OLG Darmstadt v. 9.2.1928, JW 1928, 822
	Schutz des Redaktionsgeheimnisses im Zivilprozeß, Deutsche Presse, 18. Jahrgang, 1928, Nr. 1o, S. 73
Hagemann-Spangenberg	Theodor Hagemann's Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit hin und wieder mit Urteilssprüchen des Celleschen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt. Fortgesetzt von Ernst Spangenberg. Bd. IX, 2. Aufl., Hannover 1831
Hahn-Stegemann	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und zu dem Einführungsgesetz zu derselben vom 3o. Jan. 1877. 1. Abtheilung. Berlin 188o
Halsbury, Earl of	The Laws of England. Being a Complete Statement of the Whole Law of England. Under the General Editorship of the Right Honourable the Viscount Simonds. Vol. 16. 3rd Ed., London 1956
Hammelman, H.A.	Professional Privilege: A Comparative Study. (195o), 28 Can.Bar.Rev. 75o
Hogan, Edward A.	A Modern Problem on the Privilege of the Confessional. (1951), 6 Loyola L.Rev. 1
Holdsworth, W.S.	A History of English Law. Vol. IX. 3rd Ed., London 1944
v. Holstein	Der Zeugniszwang gegen den verantwortlichen Redakteur. Der rechtlich geschützte Leserbrief. Bemerkungen zu zwei Urteilen, ArchPR VIII (1955), ohne Seitenangabe

I.P.I. Survey No. 6	Professional Secrecy and the Journalist. Published by the International Press Institute. Zürich 1962
Jacoby, Sidney B.	Das Erforschungsverfahren im Amerikanischen Zivilprozeß. Vorschläge für eine Reform der ZPO. ZZP 74 (1961), 145
Jaeger-Weber	Konkursordnung mit Einführungsgesetzen. 2. Bd., 2. Halbbd.. 8. Aufl., Berlin, New York 1973
James, E.O.	Das Priestertum, Wesen und Funktion. Eine vergleichende und anthropologische Studie. Wiesbaden 1957
Jonas	Anmerkung zum Beschluß des OLG Darmstadt vom 9.2.1928, JW 1928, 823
Kane, Robert F.	The Work-Product Doctrine - Cornerstone of the Adversary System. (1964), 31 Insurance Counsel Journal 13o
Kaiser, Eberhard	Die Verfassungsmäßigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts der Presse, NJW 1968, 126o
	Zeugnisverweigerungsrecht der Diplompsychologen, NJW 1971, 491
Kallfelz, Walter	Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, JW 1936, 1343
Kaufmann, Arthur	Anmerkung zum Beschluß des OLG Nürnberg vom 17.8.1956, NJW 1958, 272
Koebel	Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1958, 936
Kohlhaas, Max	Medizin und Recht. München, Berlin, Wien 1969
	Das Zeugnisverweigerungsrecht des Journalisten, NJW 1958, 41

Kulischer	Das Zeugnisverweigerungsrecht ausländischer Anwälte, JW 1931, 122
Langan, P.St.J.	Civil Procedure and Evidence. London 197o
The Law and the Press	The Report of a Joint Working Party of Representatives of Justice and the British Committee of the International Press Institute. London 1965
Law Reform Committee	Sixteenth Report (Privilege in Civil Proceedings). London 1967
Lee, Gerard A.	Professional Witnesses and Privileged Communications. (1965), 16 No.Ire.L.Q. 79
Lenckner, Theodor	Ärztliches Berufsgeheimnis. In: Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit. Hrsg. v. Hans Göppinger. München 1966, S. 159
	Anmerkung zum Beschluß des LG Augsburg vom 21.11.1963, NJW 1964, 1186
	Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, 321
Leonhardt, Adolph (Hrsg.)	Allgemeine bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover. Unter besonderer Berücksichtigung der Regierungs- und ständischen Motive zum praktischen Gebrauche herausgegeben. Hannover 1848
v. Liszt, Franz	Lehrbuch deutschen Strafrechts. 14./15. Aufl., Berlin 19o5
Löffler, Martin	Presserecht. Kommentar. Bd. I. Allgemeine Grundlagen. Verfassungs- und Bundesrecht. 2. Aufl., München 1969 Bd. II. Die Landespressegesetze der Bundesrepublik Deutschland mit Textanhang. 2. Aufl., München 1968

Löffler, Martin	Der Zeugniszwang gegen Presse und Rundfunk, NJW 1958, 1215
MacNally, Leonhard	The Rules of Evidence on Pleas of the Crown, illustrated from printed and ms. Trials and Cases. London 18o2
McCormick, Charles T.	Evidence. St. Paul, Minn. 1954
	Evidence, 2nd Ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn. 1972
Mannheim	Zur Zeugnispflicht der Presseangehörigen im Zivilprozeß, ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 18, Sp. 9o5
May, Erich	Zum Schutz der Persönlichkeit nach dem Tode, NJW 1958, 21o1
Mead, Frederick	Medical Practitioners Communications (Privilege) Bill. (1937), 83 L.J. 32o
Metzner, Monika	Als erster landete Peter J. Bridge im Gefängnis. Die Journalisten der USA wollen ihre Informanten besser schützen, Frankfurter Rundschau v. 21.2. 1973
Millar, Robert W.	Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective. New York 1952
Model Code of Evidence	as adopted and promulgated by the American Law Institute. Philadelphia 1942
Möhl, Hans Peter	Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Straf- und Disziplinarverfahren. Schriftenreihe des Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag. Bd. 2. Bad Godesberg 1963
Morgan, Edmund M.	Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation. New York 1956
Müller, Klaus	Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht, MDR 1971, 965

Nagel, Heinrich	Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß. Eine rechtsvergleichende Studie. Baden-Baden 1967
Neill, Stephen	Anglicanism. 3rd Ed. London, Reading and Fakenham 1965
Nokes, G.D.	The Notion of Confidential Medical Communication in Criminal Law. British Legal Papers (1959), 1o6
	Professional Privileges. (195o), 66 L.Q.R. 88
Note	(1922), 153 L.T. 228
Note	(1927), 164 L.T. 1o
Note	Privileged Communications. Part I. Communications with Spiritual Advisers (1959), 13 No.Ire.L.Q. 16o
Note	On Confessions in the Roman Catholic Church and Anglican Churches. (1959), 13 No.Ire.L.Q. 169
Note	Sacerdotal Privilege in English Law (1956), 221 L.T. 268
Notiz ohne Verfasserangabe	Zeugniszwang oder Schweigepflicht? Eine notwendige Ergänzung der ZPO, ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 8, Sp. 383
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch. 32. Aufl., München 1973
Peters, Willibald	Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozeßrechtsreform. Berlin 19o8
Phipson, Sidney L.	On Evidence. 11th Ed. by John H. Buzzard, Roy D. Amlot, Stephen Mitchell. London 197o

Phipson-Elliott	Phipson's Manual of the Law of Evidence. 1oth Ed., London 1972
Placzek, S.	Das Berufsgeheimnis des Arztes. 3. Aufl., Leipzig 19c9
Rebmann-Ott-Storz	Das baden-württembergische Gesetz über die Presse (Landespressegesetz) v. 14. Januar 1964 nebst dem Modellentwurf eines Landespressegesetzes. Stuttgart 1964
Reese, Seward	Confidential Communications to the Clergy, (1963), 24 Ohio State L.J. 55
Renaud, Achilles	Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen. Der ordentliche Prozess. Leipzig und Heidelberg 1867
Report	of the Committee on the Law of Defamation. Cmd. 7536. London 1949
Report	of the Royal Commission on Marriage and Divorce. Cmd. 9678. London 1956
Robrecht, Friedrich H.	Die Rechtsposition der Organe der GmbH, der Personalgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, DB 1968, 471
Roscoe, Henry	A Digest of the Law of Evidence on the Trial of Actions at Nisi prius. London 1827
Rosenberg-Schwab	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1o. Aufl., München 1969
Roth, A.	Zum Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und Rechtsanwälte, JW 1911, 13o
Sauter, Fritz	Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 3oo RStGB). Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 123. Breslau 191o

Sawer, Geoffrey	Law in Society. Oxford 1965
Scheer, Bernhard	Deutsches Presserecht. Kommentar. Hamburg 1966
Schlüter, Ernst	Process-Ordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover vom 5. Oktober 1827. Mit erläuternden Anmerkungen und den einschlagenden neuesten Ministerial-Rescripten begleitet. 3. Ausgabe, Celle 1845
Schlüter, Ernst W.G.	Commentar zur allgemeinen bürgerlichen Process-Ordnung für das Königreich Hannover. Bd. I. Stade 1858
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht. Leipzig 1939
	Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses. Schriftenreihe der Gesellschaft für bürgerliche Freiheiten. Heft 7. München 1951
	Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereiche der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1745
Schmitthoff, Clive M.	Der Zivilprozeß als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken, JZ 1972, 38
Schneider, Ernst Ch.G.	Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen aus vernunftsmäßigen Grundbegriffen, mit Rücksicht auf die Positiv-Gesetze, abgeleitet und systematisch dargestellt. Hrsg. v. C. Hofmann, Giessen 1842
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 8. Aufl., Karlsruhe 1969
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch. Kommentar. 16. Aufl., München 1972
Schumacher, Detlef	Psychotherapie und Heilbehandlung aus rechtlicher Sicht, NJW 1970, 1945

Schwering, Walter	System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß. Berkeley-Kölner Rechtsstudien. Kölner Reihe, Bd. 11. Karlsruhe 1969
Sedler und Simeone	The Realities of Attorney-Client Confidences. (1963), 24 Ohio State L.J. 1
Seiler, Robert	Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre. Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien. Bd. 4. Graz, Köln 196o
Seuffert-Walsmann	Kommentar zur Zivilprozeßordnung. I. Bd. 12. Aufl., München 1932
Sichtermann, Siegfried	Bankgeheimnis und Bankauskunft. 2. Aufl., Frankfurt/Main 1966
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. VII, 1o. Aufl., Berlin, Köln, Mainz 197o
Sommer	Haben ausländische Rechtsanwälte ein Zeugnisverweigerungsrecht?, LeipzZ 1932, 85
Speed, J.A.	Privilege of Communications between a Solicitor and his Client. (1965), 28 M.L.R. 18
Starkie, Thomas	A Practical Treatise on the Law of Evidence and Digest of Proofs, in Civil and Criminal Proceedings. Vol. I. London 1824
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 5. Teil, 1o./11. Aufl., Berlin 197o Bd. V, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1954 Bd. V, 2. Teil, 1o./11. Aufl., Berlin 196o
Stebut, Dietrich von	Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht. Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht. Hrsg. von Götz Hueck, Marcus Lutter, Wolfgang Zöllner. Köln, Berlin, Bonn, München 1972

Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung. I., II. Bd., 19. Aufl., Tübingen 1972
Stephen, Sir James F.	A Digest of the Law of Evidence. 10th Ed., London 1922
Stoyles, Robert L.	The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege. - The Application of the Religion Clauses, (1967), 29 U.Pitt.L.Rev. 27
Strippelmann, F.G.L.	Der Beweis durch Schrift-Urkunden. Mit Belegen aus der Praxis der obersten Gerichte, 2. Abtheilung: Das Verfahren. Cassel 1861
Tapper, Colin	Freedom and Privilege. (1963), 26 M.L.R. 571
Taylor, Pitt	On Evidence. Vol. I. 12th Ed. by R.P. Croom-Johnson and G.F.L. Bridgman. London 1931
Thayer, James Bradley	A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. Boston 1898
Tieman, William	The Right to Silence, Richmond, Virginia, 1964
Uniform Rules of Evidence	drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Boston, Massachusetts 1953
Vogel, Johann Peter	Zeugnisverweigerung in der Psychotherapie, NJW 1972, 2209
Wach, Adolf	Das Recht der Zeugnisverweigerung, Der Gerichtssaal 66 (1905), S. 1
Weißler, Adolf	Geschichte der Rechtsanwaltschaft. Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1905. Frankfurt/Main 1967
Wetzell, Georg Wilhelm	System des ordentlichen Civilprocesses. 3. Aufl., Leipzig 1878

Wiebel, Bernhard	Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, Köln und Opladen 197o
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert. Bd. II, Teil 2. Berlin 1957
Wigmore, John Henry	Code of the Rules of Evidence in Trials at Law. 3rd Ed. Boston 1943
	A Treatise on the Anglo-American System of Evidence at Common Law including the Statutes and Judicial Decisions of all Jurisdictions of the United States and Canada. Vol VI, 3rd Ed. Boston 194o Vol. VIII, Evidence in Trials at Common Law. Revised by John T. McNaughton. Boston, Torronto 1961
Woesner, Horst	Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht, NJW 1957, 692
Würdinger, Hans	Aktien- und Konzernrecht. Eine systematische Darstellung. 3. Aufl., Karlsruhe 1973
Zöller	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar. 1o. Aufl., München 1968

VERZEICHNIS DER AUS DEM ANGLO-AMERIKANISCHEN RECHTSKREIS HERANGEZOGENEN ENTSCHEIDUNGEN

Fall:	Seite:
A.B. v. C.D. (1851), 14 D. 177	17
Adam v. Fisher (1914), 3o T.L.R. 288	51
Adam Steamship Co., Ltd., The v. The London Assurance Corporation, [1914] 3 K.B. 1256 (C.A.)	165
Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644	14,29
Ankin v. London and North Eastern Rail.Co., [193o] 1 K.B. 527 (C.A.)	157,165
Annesley v. Earl of Anglesea (1743), 17 How.St.Tr. 1139	12
Anonymous (1693), Skin. 4o4	27
Arnold v. The King-Emperor of India (1914), 3o T.L.R. 462	58
Attorney-General v. Clough, [1963] 1 Q.B. 773	47,59
Attorney-General v. Foster, [1963] 2 Q.B. 477	59
Attorney-General v. Mulholland, [1963] 2 Q.B. 477	52,59
Bahama Islands, In the Matter of a Special Reference from the, [1893] A.C. 138	57
Baugh v. Cradocke (1832), 1 Mood. & R. 182	144
Beecroft v. Point Pleasant Printing & Publishing Co. (1964), 82 N.J. Super. 269	67
Bell v. Smith (1968), 68 D.L.R. (2d) 451	123
Berd v. Lovelace (1577), Cary 88	7
Bevan v. Waters (1828), 1 Mood. & Malk. 235	17o
Birmingham and Midland Motor Omnibus Co., Ltd. v. London and North Western Railway Co., [1913] 3 K.B. 851 (C.A.)	157
Bothomley v. Usborne (1795), Peake Add. Cas. 99	166
Bowman v. Norton (1831), 5 C. & P. 177	2o8
Bramwell v. Lucas (1824), 1o7 Eng.Rep. 56o	135
Brard v. Ackerman (18o4), 5 Esp. N.P. 118	17o
Britten v. F.H. Pilcher & Sons, [1969] 1 All E.R. 491	165
Broad v. Pitt (1828), 3 C. & P. 518	14,38

Fall:	Seite:
Brogan v. Passaic Daily News (1956), 22 N.J. 139	67
Brown v. Foster (1857), 1 Hurl. & Nor. 736	168
Bull v. Loveland (183o), 27 Mass. 9	7
Bullivant v. The Attorney-General for Victoria, [19o1] A.C. 196	141,179
Bulstrod v. Letchmere (1676), Freem.Ch. 5	8,17o
Bunbury & Bunbury (1839), 2 Beav. 173	128
Bursill v. Tanner (1885), 16 Q.B.D. 1	73
Butler v. Board of Trade, [197o] 3 W.L.R. 822	141
Butler v. Moore (18o2), in: MacNally, The Rules of Evidence on Pleas of the Crown (1865), S. 283 ff.	34
Calcraft v. Guest, [1898] 1 Q.B. 759	179
Caldbeck v. Boon (1872), 7 I.R.C.L. 32	18o
Calley v. Richards (1854), 19 Beav. 4o1	125
Chadwick v. Bowman (1886), 16 Q.B.D. 561	155
Chantrey Martin & Co. v. Martin, [1953] 2 Q.B. 286 (C.A.)	76
Charlton v. Coombes (1863), 32 L.J.Ch. 284	179
Collins v. London General Omnibus Co. (1894), 68 L.T. 831	155
Colon v. Colons, Ltd., [1952] 2 All E.R. 462	166
Cook v. Carroll, [1945] I.R. 515	35
Corporation of Salford v. Lever (189o), 24 Q.B.D. 695	18o
Countess of Shrewsbury's Trial (1612), 2 How.St.Tr. 769	6,8
Cox v. Whalley (1779), 1o East 399	11
Cromack v. Heathcote (182o), 2 B. & B. 4	138
Davies v. Waters (1842), 9 Mees. & Wels. 6o8	17o
Doe v. Andrews (1778), 2 Cowp. 845	211
Doe v. Seaton (1834), 2 A. & E. 171	15o
Doe v. Watkins (1837), 3 Bing.N.C. 421	15o
Du Barré v. Livette (1791), 1 Peake 1o8	12,27
Duchess of Kingston's Trial (1776), 2o How.St.Tr. 355	8
Dwyer v. Collins (1852), 7 Exch. 639	168
Elliott v. Garrett, [19o2] 1 K.B. 87o (C.A.)	5o
Falmouth v. Moss (1822), 11 Price 455	15

Fall:	Seite:
Fenn v. Granger (1812), 3 Camp.N.P. 177	11
Fogg v. Gaulter & Blane (196o), 11o L.J. 718	77
Follett v. Jefferyes (185o), 61 Eng.Rep. 1	14o
Forristal v. Forristal and O'Connor (1966), 1oo I.L.T.R. 182	37
Friend v. The London, Chatham and Dover Railway Co., (1877), 2 Ex.D. 437	155
Garner v. Garner (192o), 36 T.L.R. 196	14,16
Gibson v. Evans (1889), 23 Q.B.D. 384	49
Gillard v. Bates (184o), 6 Mees. & Wels. 547	123
Goldsmith v. Marrayat (18o2), 1 Camp.N.P. 559	11
Gouraud v. The Edison Gower Bell Telephone Company of Europe, Ltd. (1888), 59 L.T. 813	149
Greenlaw v. King (1838), 1 Beav. 137	14,29
Greenough v. Gaskell (1833), 1 Myl. & K. 98	91,167
Griffith v. Davies (1833), 5 B. & Adol. 5o2	166
Habershon v. Troby (1799), 3 Esp. 38	11
Harris v. Harris, [1931] P. 1o	144
Henley v. Henley, [1955] P. 2o2	43
Hennessy v. Wright (1888), 24 Q.B.D. 445 (C.A.)	48
Henry Garnet's Trial (16o2), 2 How.St.Tr. 218	25
Hickman v. Taylor (1947), 329 U.S. 495	158
Hill's Trial (1777), 2o How.St.Tr. 1318	9
Hooper v. Gumm (1862), 2 John. & H. 6o2	128
Hope v. Brash, [1897] 2 Q.B. 188 (C.A.)	49
Hurd v. Moring (1824), 1 Car. & P. 372	169
Jones v. Great Central Railway Co., [191o] A.C. 4	127
Jones v. Pugh (1842), 31 Eng.Rep. 567	135
Kitson v. Playfair (1896), "The Times" vom 28.3.1896	18
Lambert v. Home, [1914] 3 K.B. 86	154,16o
Lawrence v. Campbell (1859), 62 Eng.Rep. 186	126
Longthorn v. British Transport Commission, [1959] 2 All E.R. 32	157,165
Lord Grey's Trial (1682), 9 How.St.Tr. 127	8
Lyell v. Kennedy (1884), 27 Ch.D. 1	131,159

Fall:	Seite:
Lyle-Samuel v. Odhams, Ltd., [192o] 1 K.B. 135 (C.A.)	51
Marston v. Downes (1834), 6 Car. & P. 381	15o
M'Corquodale v. Bell (1876), 1 C.P.D. 471	156
McGuinness v. The Attorney-General of Victoria (194o), 63 C.L.R. 73	56,59
McTaggart v. McTaggart, [1949] P. 94	42
Merle v. More (1826), Ry. & M. 39o	2o8
Minet v. Morgan (1873), 42 L.J.Ch. 627	12
Minter v. Priest, [1929] 1 K.B. 655	138
[193o] A.C. 558 (H.L.)	133
Mole v. Mole, [1951] P. 21	42
Morgan v. Shaw (1854), 27 Beav. 14o	133
Moseley v. Victoria Rubber Co. (1886), 3 R.P.C. 351	8o
Newton v. Chaplin (185o), 1o Com.B. 356	17o
Normanshaw v. Normanshaw and Measham (1893), 69 L.T. 468	29
Nuttall v. Nuttall and Twyman (1964), 1o8 S.J. 6o5 (C.A.)	2o,75
O'Brennan v. Tully (1935), 69 I.L.T. 115	54,66
Ogden v. London General Electric Rail.Co. (1933), 149 L.T. 476	158
Omychund v. Barker (1744), 1 Atk. 21	27
O'Rourke v. Darbishire, 192o A.C. 581 (H.L.)	136
Pais v. Pais, [197o] 3 W.L.R. 83o	43
Parkhurst v. Lowten (1818), 2 Swanst. 194	166
Patch v. United Bristol Hospitals Board, [1959] 3 All E.R. 876	158
Pearce v. Foster (1885), 15 Q.B.D. 114	155
Perry v. Smith (1842), 9 Mees. & Wels. 681	144
Plymouth Mutual Cooperative & Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association, [19o6] 1 K.B. 4o3 (C.A.)	5o
Preston v. Carr (1826), 1 Younge & J. 175	1o
Re Duncan, [1968] P. 3o6	126
Re Enoch and Zaretzky, Bock & Co.'s Arbitration, [191o] 1 K.B. 327	9o

Fall:	Seite:
Re Holloway (1887), 12 P.D. 167	156
Re Keller (1878), 22 L.R.I. 158	34
Re Kryschuk v. Zulynik (1958), 14 D.L.R. (2d) 676	78
Re Pickering (1883), 25 Ch.D. 247	149
Reece v. Trye (1846), 9 Beav. 316 (319)	82
Reid v. Langlois (1849), 1 Mac. & G. 627	128
R. v. Avery (1838), 8 Car. & P. 596	142
R. v. Boyes (1861), 1 B. & S. 311	73
R. v. Cox and Railton (1884), 14 Q.B.D. 153	142
R. v. Gilham (1828), 1 Moo.C.C. 186	38
R. v. Hay (186o), 2 F. & F. 4	3o
R. v. Kent (1865), Attlay's Famous Trials of the Century (1899), 113	28
R. v. Smith (1915), 11 Cr.App.Rep. 229	142
R. v. Withers (1811), 2 Camp.N.P. 578	123
Reynell v. Sprye (1846), 1o Beav. 51	14o
Robson v. Kemp (18o2), 4 Esp. 234	147
(18o3), 5 Esp. 52	168
Rochefoucauld v. Boustead (1896), 65 L.J.Ch. 794	15o
Russell v. Jackson (1851), 9 Hare 387	14,45
Sandford v. Remington (1793), 2 Ves.Jun. 189	17o,211
Schneider v. Leigh [1955] 2 All E.R. 173 = [1955] 2 Q.B. 195	128,179
Slade v. Tucker (188o), 14 Ch.D. 824	74,125
Smith v. Daniell (1874), L.R. 18 Eq. 649	166
Smith v. Fell (1841), 2 Curt. 667	139
South Suburban Cooperative Society, Ltd. v. Orum, [1937] 2 K.B. 69o (C.A.)	51,53
Southwark and Vauxhall Water Co. v. Quick (1878), 3 Q.B.D. 315	166
Spenceley v. Schulenburgh (18o6), 7 East 357	15o
Susan Hosiery v. The Minister of National Revenue, [1969] 2 Ex.C.R. 27	82,129
Swansea Corporation v. Quirk (188o), 5 C.P.D. 1o6	18o
Tannian v. Synnott (19o3), 37 I.L.T. 275	34
Taylor v. Foster (1825), 172 Eng.Rep. 89	126

Fall:	Seite:
The Hopper, [1925] P. 52	158
Thomas v. Rawlings (1859), 27 Beav. 14o	135
Tichborne v. Lushington (1873), zitiert in R. v. Cox and Railton (1884), 14 Q.B.D. 153 (163, 172)	142
Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.)	74
Turquand v. Knight (1836), 2 Mees. & Wels. 98	134
Tyron v. The Evening News Association (1878), 39 Mich. Rep. 636	69
Vaillant v. Dodemead (1742), 2 Atk. 524	18o
Walker v. Wildman (1821), 56 Eng.Rep. 1oo7	135
Warde v. Warde (1851), 3 Mac. & G. 365	149
Watson v. Cammell Laird, [1959] 2 All E.R. 757	154
Westinghouse v. Midland Rail. (1883), 48 L.T. 462	155
Wheatley v. Williams (1836), 1 Mees. & Wels. 533	168
Wheeler v. Le Marchant (1881), 27 Ch.D. 675	14,129
White & Co. v. Credit Reform Association & Credit Index, Ltd., [19o5] 1 K.B. 653	5o
Williams v. Ingram (19oo), 16 T.L.R. 434	17o
Williams v. Quebrada Railway, Land and Copper Company, [1895] 2 Ch.D. 751	142
Wilson v. Rastall (1792), 4 Term Rep. 753	14,27
Witt v. Witt and Klindworth (1862), 3 Sw. & Tr. 143	13
Woodhouse and Co., Ltd. v. Woodhouse (1914), 3o T.L.R. 559	149
Woolley v. North London Rail.Co. (1869), L.R. 4 C.P. 6o2	155
Worrall v. Jones (1831), 7 Bing. 395	11
Worrall v. Reich, [1955] 1 All E.R. 363	155
Wright v. Mayer (18o1), 6 Ves.Jun. 28o	9

E I N L E I T U N G

Weigert sich eine Person, die auf Grund ihrer beruflichen Tätigkeit Geheimnisse Dritter zu bewahren hat, darüber in einem Prozeß als Zeuge auszusagen, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Aussagepflicht und Aussageverweigerungsrecht. Das Gebot der Wahrheitsfindung verlangt, alle im Prozeß zur Verfügung stehenden Beweismittel auszuschöpfen; es macht daher den Parteien und Zeugen zur Pflicht, über rechtserhebliche Tatsachen auszusagen. Demgegenüber gebietet die Rücksichtnahme auf die persönliche Geheimsphäre des Vertrauensgebers, ihnen ein Recht zur Aussageverweigerung einzuräumen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für den Zivilprozeß mit der Vorschrift des § 383 I Nr. 4 ZPO und der Generalklausel des § 383 I Nr. 5 ZPO dazu entschieden, die beruflichen Vertrauensbeziehungen zu berücksichtigen. In England dagegen fehlt eine entsprechende, umfassende Regelung. Außer dem legal professional privilege, das den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant zum Gegenstand hat, sind bis jetzt noch keine beruflichen Privilegien anerkannt worden[1].

Das englische Recht scheint daher im allgemeinen der Wahrheitsfindung gegenüber dem (beruflich begründeten) Geheimnisschutz den Vorrang zu geben. Wie aber aus dem 16. Report des Law Reform Committee[2] hervorgeht, ist die Entscheidung für oder gegen berufliche Privilegien bis auf die genannte Ausnahme heute noch offen. Das Law Reform Committee sprach sich gegen eine Änderung dieser Rechtslage auf dem Gesetzeswege aus[3]. Der englische Ge-

1 Welche Bedeutung die Regelung eines Privilegs für Patentanwälte in Sec. 15 des Civil Evidence Act von 1968 hat, wird noch zu erörtern sein (vgl. unten 1. Teil, Erster Abschnitt, E, IV).

2 Sixteenth Report (Privilege in Civil Proceedings), London 1967, im folgenden zitiert als 16. Report.

3 16. Report, §§ 54, 55, S. 23.

setzgeber ist ihm gefolgt, indem er im Civil Evidence Act von 1968 auf eine allgemeine Regelung dieser Frage verzichtet hat. Damit hat er sich offenbar der Auffassung des Law Reform Committee angeschlossen, das die Anerkennung beruflicher Privilegien auch weiterhin dem Richter überlassen will. Man glaubt, daß ein weiter richterlicher Ermessensspielraum hier Einzelfallgerechtigkeit am ehesten gewährleistet:

"In exercising his discretion the judge can take into account all the circumstances of the case. To replace this wide judicial discretion by a more comprehensive and rigid statutory classification of privileges together with detailed provisions as to the circumstances in which each of them could or could not be claimed would, we think, be more likely to defeat than to promote the interests not only of justice but also of those social values, which it is the object of a privilege to protect."[1]

In der folgenden Untersuchung des beruflichen Privilegs sollen im ersten Teil die Tendenzen der englischen Rechtsprechung aufgezeigt werden. Dabei wird zu klären sein, weshalb das legal professional privilege im Gegensatz zu anderen Privilegien stets anerkannt worden ist und welche Gründe seine Sonderbehandlung tragen.

Im Vergleich mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts nach § 383 I Nr. 5 ZPO wird deutlich, daß das legal professional privilege den weiteren Anwendungsbereich hat; dies ergibt sich aus den folgenden Besonderheiten des englischen Gerichtsverfahrens:

1. Die Zeugnispflicht umfaßt sowohl eine Aussage- als auch eine Editionspflicht.
2. Seit dem Civil Evidence Act von 1851 unterliegen der Zeugnispflicht nicht nur Zeugen im engeren Sinne, sondern auch die Prozeßparteien; und schließlich

---

1 16. Report, § 1, S. 3.

3. erlangt das Recht, Tatsachenmaterial unter Berufung auf ein Privileg zurückzuhalten, für die Parteien nicht erst in der mündlichen Hauptverhandlung Bedeutung, sondern bereits in dem vorausgehenden Zwischenverfahren[1].

Gerade im Zwischenverfahren ist das Privileg praktisch wichtig: Hier kann es eine Partei von Auskunftspflichten befreien, wenn etwa der Master anordnet, daß sie unter Eid Fragen ihres Gegners zu beantworten hat (discovery by interrogatories). Ebenso kann es die allgemeine Pflicht der Parteien einschränken, sich gegenseitig die für den Rechtsstreit erheblichen Dokumente vorzulegen (discovery and inspection of documents)[2].

Der weite Anwendungsbereich des Privilegs hat die englische Rechtsprechung vor eine Vielzahl von Problemen gestellt. Im zweiten Teil der Arbeit sollen die von den englischen Gerichten gefundenen Ergebnisse zum Schutz anwaltlicher Vertrauensbeziehungen dargestellt und für das deutsche Recht nutzbar gemacht werden.

---

1 Eine neuere Übersicht über den Ablauf des Zivilprozesses findet sich bei Schmitthoff, JZ 1972, 38 ff.
2 Siehe dazu unten: 1. Teil, 2. Abschnitt, B, II.

1. Teil:

BERUFLICHE PRIVILEGIEN UND ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHTE - ENTWICKLUNG UND SCHUTZZWECK

1. Abschnitt: Die Entwicklung beruflicher Privilegien in England

Die Entwicklung der Privilegien - insbesondere derjenigen für vertrauliche Kommunikationen mit beruflichen Geheimnisträgern - steht in ihrem Ursprung in engem Zusammenhang mit der jahrhundertelangen Entwicklung des jury system. Die allgemeine Aussagepflicht und die Ausnahmen davon wurden erst relevant, als die jury ihre doppelte Rolle als Richter und Zeuge aufgegeben hatte, um danach nur noch Richter in Tatfragen zu sein[1]. Bis dahin hatten die Geschworenen, die wegen ihrer Nähe zum Tatgeschehen und zu den Parteien aus der Nachbarschaft oder aus der Umgebung des Ortes ausgewählt wurden, in dem sich der Streitfall ereignet hatte, die tatsächlichen Fragen selbst beantwortet, ohne daß sie Zeugen hinzuzogen[2].

Zeugen im heutigen Sinne waren zu jener Zeit bei Rechtsstreitigkeiten nicht gerne gesehen. Gerichte betrachte-

---

1 So Holdsworth, A History of English Law (1944), Vol. IX, S. 127; Wigmore, Evidence in Trials at Common Law (1961), Vol. VIII, § 219o, S. 62 (im folgenden zitiert als Wigmore, Evidence,...). Zur Geschichte der jury sei im übrigen verwiesen auf Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law (1898), S. 47 f.; Millar, Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective (1952), S. 22 ff.; Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß (1967), S. 2o2 ff. Weitere Hinweise dazu finden sich bei Schwering, System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß (1969), S. 4o ff. Heute ist die Beteiligung der jury im englischen Zivilprozeß eine Ausnahme, siehe Sec. 6 des Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act von 1933.

2 Vgl. Schwering, System der Beweislast, S. 4o ff.

ten ihr Erscheinen - gleichgültig, ob es auf die Aufforderung einer Partei zurückzuführen war oder ob es auf eigener Initiative beruhte - als unberufene Einmischung in fremde Angelegenheiten. Zeugen liefen dabei Gefahr, von einer Prozeßpartei wegen unzulässiger Unterstützung des Gegners (maintenance) gerichtlich belangt zu werden. Geschützt waren sie nur dann, wenn sie "interested party" waren oder die jury oder der Richter ihr Erscheinen verlangt hatten[1].

Je weniger jedoch Geschworene Tatfragen auf Grund des Wissens, das ihnen ihre nachbarlichen Beziehungen ermöglicht hatten, klären konnten, desto unbefriedigender mußte diese rigorose Abschreckung der Zeugen sein. Im 15. Jahrhundert setzte sich deshalb langsam die Erkenntnis durch, daß eine freie Zulassung von mündlichen Zeugenaussagen im heutigen Sinne notwendig sei. Die Zahl der Zeugen vor Common Law Gerichten nahm von da an ständig zu[2].

Das Statute of Elizabeth von 1562[3] erkannte diese Veränderung gesetzlich an. Nach dieser Vorschrift mußte jeder, der als Zeuge geladen worden war und dem die Erstattung der durch sein Erscheinen bedingten Auslagen angeboten wurde, im Falle seines Fernbleibens eine Geld-

1 Vgl. Wigmore, Evidence, § 219o, S. 63.
2 ibid., § 219o, S. 64.
3 5 Eliz. I., c. 9 § 12: "Of any person or persons upon whom any process out of any of the courts of record within this realm or Wales shall be served to testify or depose concerning any cause or matter depending in any of the same courts, and having tendered unto him or them, according to his or their countenance or calling, such reasonable sums of money for his or their costs or charges as having regard to the distance of the places is necessary to be allowed in that behalf, do not appear according to the tenor of the said process, having not a lawful and reasonable let or impediment to the contrary, that then the party making default" shall forfeit £ 1o and give further recompense for the harm suffered by the party aggrieved. (Zitiert nach Wigmore, a.a.O., S. 65, Fn. 17).

strafe zahlen und der dadurch benachteiligten Partei Schadensersatz leisten[1]. Aus der Sicht des heute geltenden Rechts könnte man das Statute of Elizabeth als eine Rechtsgrundlage für einen Zwang gegen Zeugnisunwillige verstehen; dann würde es zugleich auch eine allgemeine Zeugnispflicht festlegen. Wigmore[2] hat jedoch darauf hingewiesen, daß es in erster Linie das Recht einer Person festlegte, Zeuge zu sein. Denn durch die Androhung von Sanktionen für den Fall des Fernbleibens sollte nicht nur der Widerwille der Zeugen bekämpft werden, überhaupt vor Gericht zu erscheinen und zugunsten des Beweisführers auszusagen, sondern vor allem deren Befürchtung, die Gegenpartei könnte sie wegen maintenance belangen. Die Zeugnispflicht hat sich in den Common Law Courts nur langsam hieraus entwickelt. Man vermutet, daß die Praxis des Chancery Court diese Entwicklung vorangetrieben hat[3]. Dort hatten sich der durch die "writ of subpoena" eingeführte Zeugenzwang und die Aussagepflicht schon ein Jahrhundert lang bewährt und wahrscheinlich sogar die größere Leistungsfähigkeit und Popularität des Chancery Court gefördert[4].

Daß die allgemeine Zeugnispflicht in die Common Law Courts eingeführt war, hat zu Beginn des 17. Jahrhunderts Sir Francis Bacon im Countess of Shrewsbury's Trial[5] ausdrücklich bestätigt:

"... you must know that all subjects, without distinction of degrees, owe to the king tribute and service, not only of their deed and hand, but of their knowledge and discovery. If there be any thing that imports the king's service, they ought themselves undemanded to impart it; much more if they be called and examined, whether it be of their own fact or of another's, they ought to make direct answer."

---

1 Vgl. Holdworth, A History of English Law, Vol. IX, S. 185.
2 Evidence, § 2190, S. 66.
3 ibid., § 2190, S. 65 (67 f.).
4 ibid., § 2190, S. 68.
5 (1612), 2 How.St.Tr. 769 (778).

Allgemeine Zeugnispflicht bedeutet dabei nicht nur die Pflicht zur Aussage darüber, was der Zeuge weiß, sondern sie schließt auch eine allgemeine Editionspflicht ein. "There seems to be no difference in principle", heißt es 1830 in Bull v. Loveland[1], "between compelling a witness to produce a document in his possession, under a subpoena duces tecum, in a case where the party calling the witness has a right to the use of such document, and compelling him to give testimony, when the facts lie in his own knowledge."

A. Das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen

Als die allgemeine Zeugnispflicht anerkannt war, entstand die Frage, ob und welche Ausnahmen von dieser Pflicht zugelassen werden könnten. Das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen entwickelte sich gleich zu Beginn - wie Wigmore[2] festgestellt hat - als eine natürliche Ausnahme zum neueingeführten Zeugniszwang. Es wurde schon zu Anfang der Regierungszeit Elisabeths I. in Berd v. Lovelace[3] zugelassen. Bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts unterlag dieses Privileg allerdings noch wesentlichen Veränderungen, weil sich bis dahin noch keine einheitliche Meinung über seinen Schutzzweck gebildet hatte.

Anfangs konnte der Anwalt[4] sein Begehren, von der Zeugnispflicht ausgenommen zu werden, mit seiner Ehrenpflicht begründen. Diese Lehre vom "Point of Honour" ließ wegen

---

1 27 Mass. 9 (14).
2 Evidence, § 2290, S. 543.
3 (1577), Cary 88. Weitere Hinweise finden sich bei Wigmore, a.a.O., § 2290, S. 524, Fn. 1.
4 Der Begriff schließt "solicitors" and "barristers" ein.

der allgemeinen Gesichtspunkte, die ihr zugrunde lagen, auch eine Privilegierung anderer Vertrauensbeziehungen als der zwischen Anwalt und Mandant zu. So finden sich Berichte von mehreren Prozessen aus dem 17. Jahrhundert, wonach Zeugen ihre Aussage mit der Begründung verweigert hatten, sie hätten ein Gelübde abgelegt oder einen Schwur geleistet, ihnen anvertraute Tatsachen geheimzuhalten, oder es sei für sie eine Ehrenpflicht, ihnen Bekanntgewordenes nicht zu offenbaren[1]. Holdsworth[2] meint, daß die Gerichte zunächst auch geneigt waren, mit Ehrenpflichten begründete Aussageverweigerungen zuzulassen.

Die Lehre vom "Point of Honour" wurde jedoch im Duchess of Kingston's Trial[3] aufgegeben. Es handelte sich dabei um einen Bigamieprozeß vor dem House of Lords. Ungeachtet dessen, daß in diesem Fall über ein ärztliches Privileg entschieden wurde, hat die englische Rechtsprechung den dort entwickelten Grundsätzen allgemeingültige Bedeutung beigemessen. Ein als Zeuge gerufener Arzt, der die Duchess of Kingston bei verschiedenen Gelegenheiten betreut hatte, verweigerte unter Berufung auf seine berufliche Ehrenpflicht die Aussage darüber, ob die Beklagte ihm gegenüber ihre erste Eheschließung zugegeben hatte. Earl of Mansfield entschied, daß der Arzt seiner Zeugnispflicht nachzukommen hätte:

"... a surgeon has no privilege, where it is a material question, in a civil or criminal cause, to know whether the parties were married, or whether a child was born, to say that his introduction to the parties was in the course of his profession and in that way he came to the knowledge of it. I take it for granted, that if Mr. Hawkins [the witness] understands that, it is a satis-

1 Vgl. Countess of Shrewsbury's Trial (1612), 2 How.St.Tr. 769; Bulstrod v. Letchmere (1676), Freem.Ch. 5.
2 A History of English Law, Vol. IX, S. 2o2; vgl. dazu Lord Grey's Trial (1682), 9 How.St.Tr. 127.
3 (1776), 2o How.St.Tr. 355.

faction to him, and a clear justification to all the world. If a surgeon was voluntarily to reveal these secrets, to be sure he would be guilty of a breach of honour, and of great indiscreation; but, to give that information in a court of justice, which by the law of the land he is bound to do, will never be imputed to him as any indiscretion whatever."[1]

Hill's Trial[2] bestätigte diese Rechtsprechung ein Jahr später. Hinter der Ablehnung der "Point of Honour" Lehre hat wahrscheinlich die Erkenntnis gestanden, daß ein Gericht, soll es seiner Pflicht zur Erforschung der Wahrheit wirksam nachkommen, nicht schon durch willkürliche Geheimhaltungsversprechen behindert werden darf. Nach der Entscheidung im Duchess of Kingston's Trial konnte man die Existenz von Privilegien, die sich allein auf diese Lehre gründeten, nicht länger rechtfertigen. Solche Privilegien verschwanden daher aus der gerichtlichen Praxis.

Das Privileg jedoch, das Kommunikationen zwischen dem Mandanten und dessen Anwalt schützt, hatte man schon Anfang des 18. Jahrhunderts auf andere Weise zu begründen versucht, nämlich mit der Notwendigkeit, die Handlungsfreiheit des Mandanten bei der Konsultation seines Anwalts zu sichern[3]. Diese neue Theorie sicherte den Fortbestand jenes Privilegs und war Grundlage für seine weitere Entwicklung. Der Wechsel des Schutzzwecks trat aber nicht plötzlich ein. Die alte und die neue Theorie haben eine beträchtliche Zeit nebeneinander existiert. Im Sinne der neueren entschied z.B. Lord Eldon in Wright v. Mayer[4], daß das Privileg "the privilege of the client and the

1 2o How.St.Tr. 355 (537).
2 (1777), 2o How.St.Tr. 1318: "[If] this point of honour was to be so sacred as that a man who comes by knowledge of this sort from an offender was not to be at liberty to disclose it, the most atrocious criminals would every day escape punishment; and therefore it is that the wisdom of the law knows nothing of that point of honour."
3 Vgl. Holdsworth, A History of English Law, Vol. IX, S. 2o2.
4 (18o1), 6 Ves.Jun. 28o.

public" sei, während Alexander, C.B., noch 1826 im Sinne der älteren Theorie in Preston v. Carr[1] feststellte: "I cannot accede to the proposition which has been contended for, that the privilege of an attorney is the privilege of the client, to the extent that the client himself may avail himself of that privilege to avoid discovering communications which have passed between him and his solicitor."

Der Wechsel der theoretischen Grundlage des Privilegs erwies sich insofern als nachteilig, als die Voraussetzungen und der Anwendungsbereich des Privilegs bis zur Mitte des neunzehnten Jahrhunderts nicht eindeutig festgelegt waren[2]. Solange beide Theorien nebeneinander bestanden, wurden sie häufig miteinander vermischt. Das führte dazu, daß Anwalt und Mandant, als Zeugen gerufen, sich über die praktischen Konsequenzen des jeweils durch das Privileg gewährten Schutzes oft im unklaren waren[3]. Beide Theorien wirkten sich jedoch sehr unterschiedlich aus:

Erstens: Nach der "Point of Honour Doctrine" schützte das Privileg den Anwalt selbst; nach der neueren Lehre schützt es den Mandanten. Nach der alten Theorie konnte daher der Mandant weder verlangen, selbst von der allgemeinen Zeugnispflicht ausgenommen zu werden, noch war er befugt, auf das Privileg zu verzichten. Vielmehr war allein der Anwalt berechtigt, darüber zu disponieren. Erst auf Grund der neuen Theorie konnte diese Dispositionsbefugnis auf den Mandanten übergehen[4].

Soweit allerdings der Mandant als Partei aufgefordert war, den Inhalt seiner Kommunikation mit dem Anwalt zu offenbaren, waren diese Unterschiede für ihn zunächst

---

1 (1826), 1 Younge & J. 175 (178).
2 Wigmore, Evidence, § 229o, S. 543.
3 Holdworth, A History of English Law, Vol. IX, S. 2o2 f.
4 Vgl. Wigmore, a.a.O., § 229o, S. 544 f.

nur dann von Bedeutung, wenn der Prozeß vor den Chancery Courts geführt wurde. Denn in den Common Law Courts war die Partei zu der Zeit, als die neuere Theorie noch neben der alten bestand, in Zivilprozessen schon auf Grund ihrer Stellung selbst privilegiert ("the party's privilege"): sie war weder zur Aussage über ihr bekannte Tatsachen[1], noch zur Vorlage von in ihrem Besitz befindlichen Urkunden[2] verpflichtet. Dieses "party's privilege" beseitigte man erst im Rahmen der um die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts erfolgten Reformen[3], zu einem Zeitpunkt also, in dem sich die neuere Theorie endgültig durchgesetzt hatte. Dagegen hatten die Chancery Courts seit ihrer frühen Praxis zugelassen, daß eine Partei von ihrem Gegner durch einen "bill of discovery" zu Auskünften und zur Vorlage der in ihrem Besitz befindlichen Urkunden gezwungen werden konnte[4]. Erst nachdem anerkannt

---

1 Vgl. Cox v. Whalley (1779), 1o East 399; Fenn v. Granger (1812), 3 Camp.N.P. 177; Worrall v. Jones (1831), 7 Bing. 395.

2 Habershon v. Troby (1799), 3 Esp. 38; Goldsmith v. Marrayat (18o2), 1 Camp.N.P. 559 (562).

3 Vgl. die heftige Kritik Blackstones an der unterschiedlichen Praxis der Common Law Courts und der Chancery Courts: "It seems the height of judicial absurdity that in the same cause between the same parties in the examination of the same facts a discovery by the oath of the parties should be permitted on one side of Westminster Hall and denied on the other; or that the judges of one and the same court should be bound by law to reject such a species of evidence if attempted on a trial at bar, but when sitting the next day as a court of equity should be obliged to hear such examination read and to found their decrees upon it." (Commentaries on the Laws of England, Vol. 3 (1768), S. 282. Zitiert nach Wigmore, Evidence, § 2217, S. 169, Fn. 7).

4 Zum Ursprung dieser Regelung vgl. Wigmore, Evidence, Vol. VIII, § 2217, S. 169; derselbe, Evidence, Vol. VI (194o), § 1856, S. 422, sowie Millar, Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective, S. 2o1 (219). Die Offenbarungspflicht der Partei war nur soweit beschränkt, als Gegenstand des "right of discovery" nicht solche Tatsachen sein konnten, die allein auf ihre Rechtsposition bezogen waren. Diese Ausnahme von der Offenbarungspflicht im Zwischenverfahren hat sich bis in die neuere Zeit hinein gehalten. Erst auf Grund der Empfehlungen des Law Reform Committee (16. Report, § 3o, S. 13) wurde sie für Dokumente durch die Civil Evidence Act von 1968, Sec. 16(2) abgeschafft: "We think that this rule is out of harmony with the principles which ought to regulate

worden war, daß das legal professional privilege die Partei selbst schützte, war sie in der Lage, eigenständig darüber zu entscheiden, ob und wieweit dem Gegner das mit ihrem Anwalt Erörterte offenbart werden sollte.

Zweitens: Solange die "Point of Honour Doctrine" alleinige Grundlage für das Privileg war, beschränkte sich dessen Anwendung auf Kommunikationen, die während der Rechtshängigkeit des Prozesses und nur um dessentwillen stattgefunden hatten[1]. Die neuere Theorie erweiterte den Schutzbereich des Privilegs zunächst auf Kommunikationen, die sich auf andere Prozesse bezogen[2], dann auf solche, die im Hinblick auf einen beabsichtigten Prozeß stattfanden, und schließlich schützte das Privileg jede Konsultation eines Anwalts, die eine Rechtsberatung zum Gegenstand hatte[3].

Dank der neuen Theorie widerstand das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen aller Kritik[4] und basiert heute noch unverändert auf den historisch gewachsenen, im zwei-

---

Forts. Fn. 4:
civil litigation. Ex hypothesi, the documents protected from production by the rule to relate to matters in question in the action, otherwise the documents would not fall within the ambit of discovery at all; and we do not think it right that any party to litigation should, at so early a stage as discovery, himself be the judge as to whether a document, not otherwise entitled to privilege, does not relate to, or tend to support, the case of his opponent." Diese Überlegungen treffen für discovery by interrogatories (R.S.C. 1965, O. 26.) ebenfalls zu. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb sich Sec. 16 (2) der Civil Evidence Act 1968 auf discovery of documents (R.S.C. 1965, O. 24) beschränkt.

1 Vgl. z.B. Annesley v. Earl of Anglesea (1743), 17 How.St.Tr. 1139 (124o).

2 Vgl. z.B. Du Barré v. Livette (1791), 1 Peake 1o8.

3 Vgl. Minet v. Morgan (1873), 42 L.J.Ch. 627.

4 Kritiken bezogen sich meistens auf die Funktion des Anwalts in Strafprozessen: vgl. Bentham, Rationale of Judical Evidence, Vol. VII (1842), S. 473 f.

ten Teil der Arbeit näher zu diskutierenden Grundsätzen. Das Law Reform Committee bestätigte es 1967 in seiner hergebrachten Form. Es stellte fest: "No change is required in the substance of the rules governing legal professional privilege."[1]

B. Das ärztliche Privileg

Seit der Entscheidung Lord Mansfield's im Duchess of Kingston's Trial ist in England von keinem Fall mehr berichtet worden, in dem entweder ein Arzt seine Aussage über Mitteilungen, die ihm während der Behandlung seines Patienten gemacht wurden oder über Tatsachen, die ihm auf Grund eigener Untersuchungen und Beobachtungen bekannt geworden waren, erfolgreich verweigern oder ein Patient die Aussage des Arztes durch seinen Widerspruch verhindern konnte[2]. Diese Entscheidung bildet die Grundlage der heute geltenden Regel "that no communication between a patient and any medical practitioner whether surgeon or physician, made in the course of his professional duties, is subject to privilege from disclosure in the witness-box"[3]. Der Arzt im Duchess of Kingston's Trial sollte aber nicht über den Gesundheitszustand seiner Patientin aussagen, sondern nur bezeugen, ob eine

---

1 16. Report, § 55 (4), S. 23.

2 Der Fall Witt v. Witt and Klindworth (1862), 3 Sw. & Tr. 143, in dem der Brief einer Patientin, worin diese ihre Krankheitssymptome beschrieb, nicht als Beweis zugelassen wurde, gehört nicht in diesen Zusammenhang, sondern erklärt sich aus einer (falschen) Anwendung der res gestae Lehre. Vgl. dazu Nokes, 66 L.Q.R. 88 (91) und Cross, On Evidence (1967), S. 459 ff. (S. 464, Fn. 7).

3 So Nokes, British Legal Papers (1959), 1o6 (11o). Grundsätzlich wird dabei kein Unterschied gemacht, ob es sich um die Vorlage von Urkunden oder Zeugenaussagen oder ob es sich um vertrauliche Mitteilungen des Arztes oder des Patienten handelt: Vgl. Nokes, 66 L.Q.R. 88 (91).

Eheschließung stattgefunden hatte. Es fällt auf, daß Gerichte, die sich auf diese Entscheidung berufen, dieser Tatsache keine die Regel einschränkende Bedeutung beigemessen haben. Vielmehr haben sie ein ärztliches Privileg stets für alle bei der Berufsausübung bekanntgewordenen Tatsachen schlechthin verneint[1].

Schon vor dem Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts fanden sich aber auch Richter, die diese rigorose Lösung des Problems nicht kritiklos hinnahmen. In der Literatur wurden später ebenfalls Zweifel an einer unbedingten Ablehnung des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts geäußert. Die Kritiker hatten Bedenken, daß jeglicher Schutz der individuellen Geheimnissphäre im Prozeß fehle[2]. Bereits 1792, also sechzehn Jahre nach dem Duchess of Kingston's Trial, stellte Buller, J., in Wilson v. Rastall[3] fest:

"It is indeed hard in many cases to compel a friend to disclose a confidential conversation; and I should be glad if by law such evidence could be excluded. It is a subject of just indignation where persons are anxious to reveal what has been communicated to them in a confidential manner..."; "I take the distinction to be now

---

1 Meist allerdings obiter dicta: Siehe Russell v. Jackson (1851), 9 Hare 387(391); Broad v. Pitt (1828), 3 C. & P. 518(519); Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644 (65o f.); Greenough v. Gaskell (1833), 1 Myl. & K. 98(1o3); Greenlaw v. King (1838), 1 Beav. 137; Wheeler v. Le Marchant (1881), 27 Ch.D. 675(681); vgl. aber Garner v. Garner (192o), 36 T.L.R. 196.

2 Taylor, Principles and Practice of Medical Jurisprudence, Vol. 1, S. 23 (zitiert in Hammelmann, 28 Can. Bar.Rev. 75o(753)), griff sogar auf den Gedanken der "Point of Honour Doctrine" zurück: "The Law of England on this important subject undoubtedly conflicts with the law of honour sought to be observed by medical men, viz. that information obtained in the consulting-room from patients relative to their ailments must be held to be inviolably secret." Diese Überlegungen können aber seit dem Duchess of Kingston's Trial eine Kritik nicht mehr stützen (siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, A.). Vgl. auch Hammelmann, a.a.O.

3 (1792), 4 Term Rep. 753(759 f.).

well settled, that the privilege extends to those three enumerated cases [i.e. counsel, solicitor and attorney] at all times, but that it is confined to these cases only. There are cases, to which it is much to be lamented that the law of privilege is not extended; those in which medical persons are obliged to disclose the information which they acquire by attending in their professional characters."

Und in Falmouth v. Moss[1] hieß es:

"... beyond these excepted persons [i.e. counsel, attornies and solicitors] the privilege has never been yet extended. Cases of the most deplorable harship may arise, and very often do, and that argument has been much pressed. What can be a stronger appeal to the feelings on this question than the sensibly delicate situation in which men of the medical profession are so frequently placed, to whom communications of the most anxious kind must often be made, admitting of not a moment's delay, and frequently by the other sex, having the strongest claims on their confidence and fidelity: and yet, we have seen that, on authority, they are liable to be called on to disclose with bleeding hearts the painful secrets which have been necessarily entrusted to them, and under the most distressing circumstances; but sacred as those communications must ever be held, the ends of the truth and justice have been hitherto deemed paramount."

Unter den englischen Autoren war es Best[2], der 1922 erstmals in Frage stellte, daß Ärzte als Zeugen in einem Prozeß stets zur Aussage verpflichtet seien. Diese Regel sei "harsh in itself, of questionable policy". Heute hält Cross[3] den Geheimnisschutz für die Ausübung des ärztlichen Berufes für ebenso wichtig, wenn nicht sogar für wesentlicher als für die des Anwaltsberufes: Es empfehle sich daher, ein ärztliches Privileg anzuerkennen, wenn anderenfalls eine wirksame Behandlung nicht gesichert werden könne.

Zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts gab es Ansätze, den bestehenden Rechtszustand zu ändern. 1920 drängten

---

1 (1822), 11 Price 455(470 f.).
2 Best, The Principles of the Law of Evidence (1922), § 593, S. 498.
3 On Evidence, S. 246.

Mitglieder der Ärzteschaft auf den Erlaß eines Gesetzes, das ihnen einen vergleichbaren Schutz bieten sollte, wie er den Anwälten zukam[1]. In den folgenden Jahren erörterten Ärzte und Anwälte gemeinsam das Problem eines beruflichen Privilegs. Die Diskussionen führten jedoch zu keinen greifbaren Ergebnissen[2]. 1937 wurde eine "Medical Practitioners Communications (Privilege) Bill" in das House of Commons eingebracht. Der Gesetzesentwurf, der die Schaffung eines ärztlichen Privilegs vorsah, kam jedoch nicht über eine zweite Lesung hinaus[3] - ungeachtet der Tatsache, daß ein Arzt zu dieser Zeit in den meisten europäischen Ländern und seit der ersten gesetzlichen Regelung von 1828 in New York[4] auch in einer zunehmenden Zahl nordamerikanischer Staaten[5] berechtigt war, vor Gericht die Aussage über ihm beruflich Bekanntgewordenes zu verweigern.

Wie der Fall Garner v. Garner[6] zeigt, war in dieser Zeit die Haltung der Rechtsprechung gegenüber dem Wunsch nach einem Schutz der individuellen Geheimsphäre im Prozeß

---

1 Vgl. "The Times" vom 28.6.192o.
2 Vgl. die Berichte in (1922) 153 L.T. 228; (1927) 164 L.T. 1o.
3 Vgl. Mead, 83 L.J. 32o f.
4 Vgl. N.Y.Rev.Stat. 1. Ed. Vol. 2, S. 4o6, Pt. III, Ch. VII, Tit. III, Act 8, Sec. 73.
5 Die Angabe der einzelnen Gesetze findet sich bei Wigmore, Evidence, § 238o, S. 819 f., Fn. 5. Es sei hier aber darauf hingewiesen, daß in England und in den Vereinigten Staaten eine gegenläufige Entwicklung zu beobachten ist. Während sich in England die Stimmen in der Literatur mehren, die die Schaffung eines "medical professional privilege" befürworten, wird heute in den Vereinigten Staaten die Richtigkeit einer Beschränkung der allgemeinen Zeugnispflicht durch diese Regel bezweifelt. Zum letzteren vgl. Wigmore, Evidence, § 2285; Chafee, 52 Yale L.J. 6o7; De Witt, Privileged Communications between Physician and Patient (1958), S. 28 f.; Freedman, 32 Can.Bar.Rev. 1.
6 (192o), 36 T.L.R. 196. Vgl. den gleichgelagerten Fall in RGZ 53, 317.

ebenfalls unnachgiebig: Gegenstand der Entscheidung war eine Scheidungsklage, die mit Ehebruch und Grausamkeit des anderen Ehepartners begründet wurde. Die behauptete Grausamkeit sollte darin bestehen, daß der Ehemann die Ehefrau mit einer Geschlechtskrankheit angesteckt hatte. Die Ehefrau benannte zum Beweis ihrer Behauptung den Arzt des Krankenhauses, in dem ihr Ehemann behandelt worden war, als Zeugen. Vor seiner Vernehmung übergab der Arzt dem Richter einen Brief des Vorsitzenden des "House Committee", aus dem hervorging, daß das Krankenhaus die Behandlung von Geschlechtskrankheiten im Rahmen eines auf nationaler Ebene verfolgten Planes übernommen hatte. Dem Schreiben war ein Exemplar der satzungsmäßig verfaßten Verwaltungsvorschriften beigefügt, die dem Arzt absolute Verschwiegenheit auferlegten. Der Brief machte auch auf eine weitere Vorschrift aufmerksam, nach der Informationen über jede Person, die auf Grund dieses Plans behandelt wurde, als vertraulich anzusehen waren. Justice McCardie hielt jene Vorschriften auf diesen Fall für anwendbar. Er entschied aber, "that in a Court of Justice there were even higher considerations than those which prevailed with regard to the position of medical men". Der Zeuge ließ sich daraufhin vereidigen und sagte aus, daß der Ehemann an Syphilis erkrankt war.

Wäre den englischen Richtern daran gelegen, im Rahmen der Beweiserhebung eine individuelle Geheimsphäre zu berücksichtigen und dieser in Form eines beruflichen Privilegs Schutz zu verleihen, so hätte Garner v. Garner dazu ausreichend Anlaß gegeben[1]. Da dieses nicht gesche-

1 Eine in der englischen Literatur oft zitierte schottische Entscheidung A.B. v. C.D. (1851), 14 D. 177, gibt Anlaß zu der Annahme, daß englische Gerichte eine (materiellrechtliche) Schweigepflicht des Arztes nicht in Frage stellen würden. In dem Fall hatte ein Kirchenältester einen Arzt beauftragt, sein sechs Monate nach der Eheschließung geborenes Kind darauf-

hen ist, könnte man daraus schließen, daß englische Richter eine solche Möglichkeit grundsätzlich ablehnen.

Nokes[1] ist aber der Ansicht, daß die in Garner v. Garner getroffene Entscheidung noch keine endgültigen Schlüsse über die Stellung der englischen Rechtsprechung zu dieser Frage zuläßt. Der Autor meint, daß der Richter die Zeugnisverweigerung ganz sicher zugelassen hätte, wenn die Verwaltungsvorschriften, auf die sich der Arzt berufen hatte, ein ärztliches Privileg ausdrücklich vorgesehen hätten. Offensichtlich habe er sich aber auf den Standpunkt gestellt, das Gebot, Anvertrautes geheimzuhalten, bewirke noch keine Änderung des Standpunktes des Common Law zu der Frage, inwieweit die Berufung auf ein Privileg bei der Zeugenvernehmung zulässig sei.

Die Ausführungen von Nokes deuten an, daß die englische Rechtsprechung nicht unbedingt an die Entscheidung im Duchess of Kingston's Trial gebunden ist. Diese Auffassung findet sich auch schon 1896 in Kitson v. Playfair[2]. Hawkins, J., vertrat dort die Ansicht, daß die Pflicht zur Aussage vor Gericht nicht immer der [standesethischen?] Verschwiegenheitspflicht[3] eines Arztes vorangehe

---

Forts. Fn. 1:
hin zu untersuchen, ob es voll ausgetragen sei. Der Arzt bejahte dieses und informierte darüber ohne Genehmigung des Kirchenältesten die Kirchenleitung. Der Kirchenälteste wurde daraufhin entlassen. Er erhob gegen den Arzt eine Schadensersatzklage, der das Gericht stattgab.

1 British Legal Papers (1959), 1o6(1o9).

2 Wiedergegeben in "The Times" vom 28.3.1896 und zitiert in Hammelmann, 28 Can.Bar.Rev. 75o(758).

3 Disziplinarrechtlich bestehen keine Zweifel an einer ärztlichen Schweigepflicht. Vgl. z.B. den Bericht über eine Untersuchung der Disziplinarkommission des englischen Ärzteverbandes zu der Frage, ob ein Arzt den Eltern eines 16-jährigen Mädchens mitteilen darf, daß ihre Tochter empfängnisverhütende Mittel nimmt, in der Baseler "National-Zeitung" v. 9.3.1971, S. 3.

und daß die Frage nach den besonderen Umständen jedes Falles beantwortet werden müsse. Hawkins' Standpunkt hat aber die englische Rechtsprechung nicht merklich beeinflußt und fand in der englischen Literatur kaum Beachtung - vermutlich deswegen, weil es sich nur um ein obiter dictum in einem libel-Prozeß handelte.

Innerhalb des Britischen Commonwealth hat es jedoch Abweichungen von der Common Law Rule gegeben. So haben Quebec[1], Victoria[2], Tasmanien[3] und Neuseeland[4] die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, daß zumindest im Zivilprozeß Ärzte der allgemeinen Zeugnispflicht durch Berufung auf ein Privileg ausweichen können.

Das Law Reform Committee, das 1967 die Frage der Aussagepflicht für Ärzte und Psychologen in englischen Zivilprozessen überprüfte, sah jedoch keinen Grund, das geltende Recht zu ändern. Es unterstellte die Entscheidung, ob im Einzelfall einmal ein Privileg anerkannt werden könne, dem richterlichen Ermessen[5]. Damit stellt sich heute außer dem Problem der Einschränkung der allgemeinen Zeugnispflicht zugunsten eines Schutzes persönlicher Geheimsphären auch die Frage nach Umfang und Notwendigkeit einer Beschränkung richterlicher Ermessensausübung. Wegen der in England erfolgten Verstaatlichung der ärztlichen Betreuung erscheint es angebracht, den richterlichen Ermessensspielraum durch eine klare Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines ärztlichen Privilegs einzuschränken. Es befriedigt nicht, daß einerseits sozialstaatliche Einrichtungen dem Staat Möglichkeiten und Mittel schaffen, in zunehmendem Umfang

---

1 Vgl. Que.Code. Civ.Proc. § 332 (1897).
2 Evidence Act, 1958, (Victoria), Sec. 8.
3 Evidence Act, 1910, (Tasmania), Sec. 96(2).
4 Evidence Act, 1908, (New Zealand), Sec. 8(2).
5 16. Report, § 51, S. 21.

Einblicke in die Intimsphäre seiner Bürger zu erlangen, ohne daß andererseits diesen klar erkenntlich gemacht wird, wie weit sie darin in bestimmten Fällen - wie etwa vor Gericht - geschützt sind[1].

Allerdings ist nur eine einzige, sehr knapp wiedergegebene Entscheidung bekannt, in dem das Gericht einen Arzt wegen contempt of court zur Verantwortung zog, weil er die Aussage über ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt gewordene Tatsachen verweigert hatte[2]. Das legt den Schluß nahe, daß englische Richter in der Praxis oft dazu neigen, auf die Aussage eines Arztes zu verzichten, wenn sie das zwischen ihm und seinem Patienten bestehende Vertrauensverhältnis beeinträchtigen würde.

Nach geltendem Recht ist ein Arzt heute nur so weit von der allgemeinen Zeugnispflicht ausgenommen, als der Gegenstand, auf den sich seine Kenntnis bezieht, von anderen im englischen Recht anerkannten Privilegien vor

---

1 Eine entsprechende Kritik am heutigen Rechtszustand in England findet sich in der neueren Literatur. Vgl. Hammelmann, 28 Can.Bar.Rev. 75o(758): "This is, after all, decidedly not one of those many matters best left to the discretion of the court in each individual case, for the great value of medical privilege must lie in the very fact that inviolability of medical confidences is known to be recognized by the law and secure from all possible controversy and interference. Medical men should be able to approach their patients on the firm mutual understanding that they will serve their needs and their interests alone. This assurance has become all the more important of late because in this respect nationalization of medical practice in Great Britain has produced a new situation in which suspicion of breaches of confidence, if not in fact inevitable further breaches, threaten to undermine the relationship of absolute confidence which must exist between doctor and patient if treatment is to be successful."

2 Nuttall v. Nuttall and Twyman (1964), 1o8 S.J. 6o5; der Fall betrifft die Aussagepflicht eines Psychiaters, der jedoch - da dies in England die Regel ist - wahrscheinlich auch als Arzt zugelassen war. Der Fall wird unten im 1. Teil, 1. Abschnitt, unter E I. näher erörtert.

einer Offenbarung geschützt wird. So zum Beispiel, wenn er als Vermittler zwischen Eheleuten tätig wird, die sich auseinandergelebt haben, wenn ein von ihm angefertigter Krankenbericht über einen seiner Patienten an das zuständige Ministerium weitergeleitet worden ist oder wenn er auf Veranlassung eines Verletzten ein ärztliches Gutachten für dessen Anwalt zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage angefertigt hat. Den ersten Fall erfaßt das Privileg für "without prejudice" abgegebene Erklärungen[1]. Der zweite Fall ist Gegenstand des staatlichen Privilegs, das sich auf Sec. 13(2) des National Health Act von 1946 gründet[2], und den dritten schließlich erfaßt - wie später noch näher zu erörtern sein wird - das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen[3].

Es ist bis jetzt noch ungeklärt, weshalb das englische Recht mit Ausnahme des Anwalt-Mandanten-Verhältnisses berufliche Vertrauensbeziehungen nicht durch Herausnahme aus der allgemeinen Zeugnispflicht schützt. Eine befriedigende Antwort läßt sich daher (wenn überhaupt) nur aus dem Schutzzweck des Privilegs auf Grund von Anwaltsbeziehungen herleiten. Diese Untersuchung soll an späterer Stelle erfolgen. Schon hier läßt sich aber feststellen: Beabsichtigte man mit dem legal professional privilege nur den Schutz des Vertrauens, das der Klient in seinen Anwalt setzt, so wäre nicht einzusehen, weshalb dieser Gedanke nicht gleichermaßen z.B. für das Arzt-Patienten-Verhältnis gelten sollte. Offenbar geht es aber um mehr. Möglich ist daher, daß der Vertrauensschutz im Anwalt-Mandanten-Verhältnis eine spezielle Funktion hat und nur diese die besondere Stellung des legal professional privilege rechtfertigt.

---

1 Näheres dazu noch unten, 1. Teil, 1. Abschnitt unter C, V, 2; vgl. auch Cross, On Evidence, S. 247 (249).
2 Vgl. dazu Nokes, 66 L.Q.R. 88(92 f.).
3 Siehe unten, 2. Teil, 1. Abschnitt, B, II, 1.

C. Das priesterliche Privileg[1]

Untersucht man den Standpunkt, den das Common Law zum priesterlichen Privileg eingenommen hat, so ist zwischen folgenden drei Zeitabschnitten zu unterscheiden: Erstens, die mittelalterliche Periode bis zur Zeit Heinrich VIII., zweitens, das sechzehnte und siebzehnte Jahrhundert als die Zeit der Verfolgung der Katholiken in England und schließlich drittens, die Zeit der Restauration, in der sich die laws of evidence zu ihrer heutigen Form entwickelten[2].

I. Die mittelalterliche Periode

Solange die Kirche in England römisch-katholisch war, verpflichtete das kanonische Recht alle Geistlichen, Beichtgeheimnisse nicht zu enthüllen. Dieses war durch den 21. Kanon des 4. Lateran-Konzils von 1215 festgelegt worden[3]. Darüber hinaus ergab sich in England die Pflicht des Geistlichen zur Abnahme von Beichten schon aus den Leges Henrici von 1114/18[4], einem anglo-romanischen Gesetzbuch von nicht geklärtem Ursprung. Sie wurde später auch in dem zur Regierungszeit Edward II erlassenen Statut Articula Cleri von 1315[5] niedergelegt.

---

1 Dieser Begriff wird hier, soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt, für Geistliche aller christlichen Konfessionen verwandt.

2 Vgl. Hogan, 6 Loyola L.Rev. 1.

3 Vgl. Best, The Principles of the Law of Evidence, § 584, S. 5o1.

4 1, c.5., § 17 - zitiert nach Best, a.a.O., § 584, S. 5o2: "Caveat sacer dos, ne de hiis qui ei confitentur peccata sua alicui recitet quod ei confessus est, non propinquis nec extraneis; quod si fecerit, deponatur, et omnibus diebus vite sue ignominiosus peregrinando poeniteat."

5 1315, 9 Edw. II, c.1o zitiert nach Best, a.a.O.: "Placet Domino Regi ut latrones appellatores, quandocumque voluerint, possint sacerdotibus sua facinora confiteri; sed caveant confessores, ne erronee hujusmodi appellatores informent."

Ob geistliche Zeugen damals wegen dieser kirchlichen und staatlichen Regelungen durch ein Aussageverweigerungsrecht privilegiert wurden, ist bis heute noch nicht überzeugend dargelegt worden. Einige moderne Autoren nehmen an, daß das priesterliche Privileg zumindest bis zur Zeit Heinrich VIII. existiert habe, weil das Kirchenrecht bis dahin innerstaatliches englisches Recht gewesen sei[1] und das common law system damit in Einklang gestanden haben müsse[2]. Im Prozeß müsse ein priesterliches Schweigerecht die statuierte Verpflichtung des Geistlichen zur Abnahme der Beichte ergänzt haben[3]. Teilweise hat man auch aus dem Schweigen der Rechtsquellen aus dieser Zeit auf das Vorhandensein eines solchen Privilegs geschlossen[4].

Gegen diese Argumente spricht, daß in jener ersten Periode Zeugen zwar theoretisch hätten befragt werden können, es aber selbst im vierzehnten Jahrhundert noch nicht allgemeine Praxis war, Zeugen vor die jury zu rufen[5]. Folglich hat sich damals ein Geistlicher praktisch nie auf das Privileg berufen müssen. Außerdem war das law of evidence zu jener Zeit kaum entwickelt. Daher liegt es näher anzunehmen, ein priesterliches Privileg habe damals noch nicht existiert[6].

II. Das sechzehnte und siebzehnte Jahrhundert

Nur einmal hat das englische Schrifttum ein priesterliches Privileg anerkannt: Nach der Reformation leitete

1 So z.B. Hogan, 6 Loyola L.Rev. 1(8); derselbe, a.a.O., Fn. 23 unter Hinweis auf Nolan, 13 Cath.Encyc. 649 (653).
2 Hogan, a.a.O., S. 7.
3 Nokes, 66 L.Q.R. 88(94).
4 Hogan, a.a.O., S. 7.
5 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, vor A.
6 a.A.: Tieman, The Right to Silence (1964), S. 4o.

Sir Edward Coke, damals Kronanwalt, das Privileg aus den Articula Cleri her; dies allerdings unter der Einschränkung, daß Fälle des Hochverrats nicht davon erfaßt würden[1].

Heute ist man jedoch in der anglo-amerikanischen Literatur der Meinung, daß sich aus dem Wortlaut der Articula Cleri die Existenz dieses Privilegs nicht begründen läßt: "... sed caveant confessores, ne erronee hujusmodi appellatores informent" bedeute keine Geheimhaltungspflicht des Priesters gegenüber Dritten[2]. An der Richtigkeit der von Coke vertretenen Ansicht läßt auch die von ihm gemachte Ausnahme zweifeln, denn in den Articula Cleri findet sie keine ausdrückliche Erwähnung[3]. Hogan[4] weist darauf hin, daß sie sich auch inhaltlich nicht mit diesem Statut vereinbaren lasse. Da das Statut auf Kirchenrecht beruhe, könne sie sich dazu schlechterdings nicht in Widerspruch setzen. Auch sei nicht wahrscheinlich, daß eine Ausnahme, die im direkten Gegensatz zum Kirchenrecht stehe, bestanden haben könnte, ohne in irgendeiner Weise ablehnende Kritik hervorgerufen zu haben.

Dennoch wird im Schrifttum vermutet, daß die Nachfolger Cokes dessen Rechtsstandpunkt als geltendes englisches

---

1 Vgl. Coke, Institutiones II (1817), S. 629 (zitiert in Best, The Principles of the Law of Evidence, § 584, S. 5o2 f.); siehe dazu auch Hogan, 6 Loyola L.Rev. 1(12): "Lord Coke apparently argued that as priests of the state as well as the church, the Anglican priests could not have privileges which would interfere with the safety of the state and were not privileged to withhold information against it."

2 Vgl. Best, a.a.O., § 584, S. 5o3, mit weiteren Nachweisen; Nokes, 66 L.Q.R. 88(95); eine kritische Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Statuts findet sich auch in Tieman, The Right to Silence, S. 41.

3 Nokes, a.a.O.

4 Hogan, a.a.O., S. 1o.

Recht akzeptiert haben[1]. Eine nähere Untersuchung der Präjudizien, auf die sich Coke berief, zeigt jedoch, daß jene seine Auffassung nicht zu stützen vermögen:

Das erste der von Coke angeführten Beispiele entstammt der vorreformatorischen Zeit. Es handelt sich um einen Prozeß gegen den Mönch John Randolph, dem die Anklage vorwarf, zusammen mit der Ehefrau Heinrichs IV. ein Mordkomplott gegen den König unternommen zu haben[2]. Der Mönch war der Beichtvater der Königin gewesen. Bei seiner Vernehmung gab er zu, an der verbrecherischen Verschwörung teilgenommen zu haben. Dieses Bekenntnis führte neben anderen Beweisen zu seiner Verurteilung[3].

Die Aussage John Randolphs über die Teilnahme an der Verschwörung hatte keinen direkten Bezug zu der Tatsache, daß er der Beichtvater der Königin gewesen war[4]. In diesem Fall stellte sich daher die Frage nach dem priesterlichen Privileg nicht eindeutig[5]. Hogan vermutet, daß Coke diesen Fall nur deshalb als Präzedenzfall anführte, um seine eigene Haltung im strafrechtlichen Verfahren gegen Pater Garnet zu rechtfertigen. Dieser Prozeß ist zugleich das zweite Beispiel, auf das Coke sich bezieht[6]: Pater Garnet, der Superior der Jesuiten in England war, wurde 1606 wegen seiner Verbindung zum berühmten "Gunpowder Plot" der Prozeß wegen Hochverrats gemacht. Er kannte einige der Verschwörer und war deren geistlicher Beistand gewesen. In der Verhandlung gegen ihn behauptete die Krone, er habe Einzelheiten über die Verschwörung nicht nur durch die Beichte, sondern auch anderweitig erfahren. Pater Garnet weigerte sich, auf diese Behauptung einzugehen oder gar den Inhalt der fraglichen Beich-

---

1 Hogan, 6 Loyola L.Rev. 1 (1o f.).
2 Vgl. Coke, Institutiones II, S. 629, zitiert bei Hogan, a.a.O., S. 9, Fn. 27.
3 Vgl. Hogan, a.a.O., S. 1o f.
4 ibid.
5 Vgl. Nokes, 66 L.Q.R. 88 (95).
6 Henry Garnet's Trial (16o2), 2 How.St.Tr. 218.

te zur Erörterung zu stellen. Ohne in Betracht zu ziehen, ob sich Pater Garnet auf das priesterliche Privileg berufen könnte, insbesondere ob dieses Privileg die katholische Beichte schützen würde, hielt es das Gericht für erwiesen, daß er außerhalb der Beichte von der Verschwörung erfahren habe[1]. Damit unterstützt keine der beiden Entscheidungen, auf die Coke verwies, sein eigenes Verständnis der Articula Cleri, und seine Nachfolger konnten darauf berechtigterweise kaum Bezug nehmen.

Nimmt man aber - ungeachtet der offensichtlichen Unhaltbarkeit der von Coke vertretenen Rechtsauffassung - an, das Privileg sei kraft dessen Autorität von seinen Zeitgenossen und deren Nachfolgern anerkannt worden, so müßte man auch folgender These zustimmen[2]: Der zweite von Coke herangezogene Beispielfall lasse darauf schließen, daß das priesterliche Privileg damals nicht auf anglikanische Geistliche beschränkt gewesen sei, sondern für katholische Geistliche in gleicher Weise gegolten habe. Dies wäre um so bemerkenswerter, als damals die anglikanische Kirche Staatskirche wurde und man katholische Geistliche wegen ihres Glaubens verfolgte. Insoweit läge daher die Vermutung näher, daß - wenn überhaupt - nur anglikanische Geistliche privilegiert worden seien.

Eindeutiger scheint die rechtliche Situation während des "Puritan Commonwealth" zu sein, als die katholische Geistlichkeit unter dem Bannfluch der Staatsmacht stand. Nach der in der einschlägigen Literatur vorherrschenden Meinung bestand ein priesterliches Privileg zu jener Zeit nicht[3]. Dies folgt aus der Abschaffung des Anglican Prayer Book durch das Parlament im Januar 1645. Dieses

1 Siehe dazu Hogan, 6 Loyola L.Rev. 1 (11) und Nokes, L.Q.R. 88 (95).
2 So ebenfalls Hogan, a.a.O., S. 1o.
3 So z.B. Tieman, The Right to Silence, S. 46.

Gebetbuch wurde nämlich durch das von der "Westminster Assembly"[1] geschaffene "Directory for the Public Worship of God" ersetzt, das private Beichten und Absolutionen nicht mehr vorsah[2].

III. Die Zeit nach der Restauration bis heute

Wigmore[3] meint, daß seit 1660 nach Wiedereinsetzung der Monarchie englische Gerichte die Existenz eines Priesterprivilegs für mehr als zwei Jahrhunderte verneinten. Bei den von ihm genannten Fällen handelt es sich jedoch stets um obiter dicta. Das erste datiert aus dem Jahr 1693[4]; verschiedene andere finden sich in Entscheidungen aus dem 18. Jahrhundert[5]. Wie Omychund v. Barker[6] zeigt, begegneten die Gerichte dem von Coke vertretenen Standpunkt jetzt nur noch mit formalem Respekt. Hogan[7] hält es für bedeutungsvoll, daß das in diese Zeit gehörende Werk Sir William Blackstones über das Common Law auf das priesterliche Privileg nicht eingeht, der Autor es vielmehr bei einem Hinweis auf das legal professional privilege bewenden läßt.

Zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts befürwortete Jeremy Bentham, sonst ein großer Gegner von Privilegien, die Schaffung eines priesterlichen Privilegs[8]:

---

1 Vgl. hierzu Neill, Anglicanism (1965), S. 156.
2 Vgl. Tieman, a.a.O., S. 46.
3 Evidence, § 2394, S. 869.
4 Anonymous (1693), Skin. 4o4.
5 Vgl. Wilson v. Rastall (1792), 4 Term Rep. 753; Du Barré v. Livette (1791), 1 Peake 1o8.
6 (1744) 1 Atk. 21 (4o f., 44 f., 48); so Nokes, 66 L.Q.R. 88 (96).
7 6 Loyola L.Rev. 1 (12).
8 Bentham, Rationale of Judicial Evidence (1827), Vol. 4, S. 588 ff., zitiert nach Wigmore, a.a.O., § 2396, S. 877.

"I set out with the supposition, that, in the country in question, the catholic religion was meant to be tolerated. But with any idea of toleration, a coercion of this nature is altogether inconsistent and incompatible... The advantage gained by the coercion - gained in the shape of assistance to justice - would be casual, and even rare; the mischief produced by it, constant and all extensive. Without reckoning the instances in which it happened to the apprehension to be realized, the alarm itself, intense and all-comprehensive as it would be, would be a more extensive as well as afflictive grievance. ... To form any comparative estimate of the bad and good effects flowing from this institution, belongs not, even in a point of view purely temporal, to the design of this work. The basis of the inquiry is, that this institution is an essential feature of the catholic religion and that the catholic religion is not to be suppressed by force. If in some shapes the relevation of testimony thus obtained would be of use to justice, there are others in which disclosures thus made are actually of use to justice under the assurance of their never reaching the ears of the judge. ..."

Bentham fand aber keine Unterstützung im übrigen englischen Schrifttum seiner Zeit. Man beschränkte sich darauf, auf die oben angeführten obiter dicta hinzuweisen[1].

Die Diskusion um das Für und Wider eines priesterlichen Privilegs belebte sich 1865 anläßlich des Mordprozesses R. v. Kent[2]: Magistrates hatten abgelehnt, einen Geistlichen als Zeugen zu vernehmen, obwohl dieser auf den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft hin zur Aussage bereit war. Im House of Lords stellten sich Lord Chancellor Cranworth und Lord Chelmsford nach einer Anfrage von Lord Westmeath auf den Standpunkt, daß falsch entschieden worden sei, und sprachen sich gegen ein derartiges Privileg aus[3]. Lord Cramworth sagte in seiner Rede:

1 Vgl. Starkie, A Practical Treatise on the Law of Evidence and Digest of Proofs, in Civil and Criminal Proceedings, Vol. I (1824), S. 1o5; und Roscoe, A Digest of the Law of Evidence on the Trial of Actions at Nisi prius (1827), S. 72. Weitere Hinweise finden sich bei Nokes, 66 L.Q.R. 96, Fn. 47.

2 Vgl. Attlay's Famous Trials of the Century (1899), S. 113, zitiert nach einer Notiz in (1956), 221 L.T. 268.

3 Vgl. Best, The Principles of the Law of Evidence, § 384 A, S. 5o4.

"There can be no doubt that in a suit or criminal proceeding a clergyman of the Church of England is not privileged so as to decline to answer a question which is put to him for the purposes of justice on the ground that his answer would reveal something that has been made known to him in confession. A witness is compelled to answer every such question, and the law of England does not extend the privilege of refusing to answer to Catholic clergymen who have obtained the information in confession from a person of their own religious persuasion."[1]

Badeley[2] wurde hierdurch veranlaßt, sich in einer Streitschrift nochmals mit dem Problem auseinanderzusetzen. Er befürwortete ein priesterliches Privileg: Man habe ein solches solange anerkannt wie die katholische Kirche in England unangefochten bestanden habe. Da es seitdem niemals (ausdrücklich) abgeschafft worden sei, müsse es nach der Katholikenemanzipation wiederaufgelebt sein.

Die Rechtsprechung behielt indes ihre ablehnende Haltung bei[3]. Das zeigt insbesondere Normanshaw v. Normanshaw and Measham[4], der einzige in England bekanntgewordene Zivilprozeß, in dem sich die Frage nach der Anerkennung eines priesterlichen Privilegs stellte. Der Ehemann hatte gegen seine Ehefrau Klage wegen Ehebruchs erhoben. Er hatte seine Frau und den mitbeklagten Ehebrecher bei dieser Tat angetroffen und beide sogleich aus seinem Hause

---

1 Hansard's Parliamentary Debates (H.L.) CIXXIX (1865), par. 177-182, zitiert nach einer Notiz ohne Verfasserangabe, 221 L.T. 268.

2 The Privilege of Religious Confessions in English Courts of Justice Considered in a Letter to a Friend (1865), S. 35 ff.

3 Vgl. die dicta von Lord Longdale in Greenlaw v. King (1838), 1 Beav. 137; Jessel, M.R., in Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644(65o): "Our law has not extended the privileges, as some foreign laws have, ... to the sacerdotal profession"; von demselben in Wheeler v. Le Marchant (1881), 17 Ch.D. 675(681) bestätigt: "Communications made to a priest in the confessional on matters perhaps considered by the penitent to be more important even that his life or his fortune, are not protected."

4 (1893), 69 L.T. 468.

gewiesen. Auf den Rat eines Dritten hin hatte die Ehefrau einen Geistlichen aufgesucht und sich mit ihm in einem vertraulichen Gespräch beraten. Der Kläger verlangte, daß der Geistliche über das Gespräch mit der Beklagten aussagen sollte. Der Geistliche aber verweigerte das Zeugnis. Im "summing up" stellte Jeune, P., fest: "... it was not to be supposed for a single moment that a clergyman had any right to withhold information from a court of law. It was a principle of our jurisprudence that justice should prevail, and no unrecognized privilege could be allowed to stand in the way of it."[1] In seinem Urteil räumte der Richter aber ein, daß die Weigerung, über vertraulich mitgeteilte Tatsachen auszusagen, im Einzelfall einmal berechtigt sein könne. Im vorliegenden Fall sah er jedoch keinen Grund, den Zeugen von seiner Zeugnispflicht zu befreien.

Nach allgemeiner Ansicht englischer Autoren präjudiziert Normanshaw v. Normanshaw and Measham nicht die hier anstehende prinzipielle Frage, ob das englische Recht überhaupt ein Privileg für den Geistlichen anerkannt habe[2]. Es wird angenommen, daß der wahre Grund für die ablehnende Entscheidung darin lag, daß das vertrauliche Gespräch nicht in der Form einer Beichte stattfand, der Richter aber wohl davon ausging, daß nur die Beichte durch das Privileg geschützt werden könne[3]. Ein so enges

---

1 (1893), 69 L.T. 468 (469).

2 Vgl. Nokes, 66 L.Q.R. 88 (96 f.).

3 In einem Strafprozeß, R. v. Hay (1860), 2 F. & F. 4 (6 f.) kommt ein solcher Standpunkt noch deutlicher zum Ausdruck; dort wurde die Aussagepflicht eines Priesters, der als Zeuge herangezogen worden war, um einen wegen Diebstahls Beschuldigten als die Person zu identifizieren, von der er den gestohlenen Gegenstand erhalten hatte, mit folgenden Worten begründet: "You are not asked at present to disclose anything stated to you in the confessional; you are asked a simple fact - from whom did you receive that watch which you gave to the policemen." Einige Autoren glauben aus der Formulierung der Begründung eine - indirekte - Anerkennung eines priesterlichen Privilegs für Beichtgeheimnisse herauslesen zu können.

Verständnis des priesterlichen Privilegs, das sich - z.B. mit der These Badeleys - historisch begründen ließe, führt allerdings zu einer heute kaum zu rechtfertigenden Diskriminierung solcher Konfessionen, die keine formale Beichte kennen[1].

Von Badeleys Argumenten überzeugt, setzte sich Best[2] 1922 für ein priesterliches Privileg ein. Ausführungen von Stephen[3] aus dem gleichen Jahr bestätigen aber unsere Auffassung, daß ein priesterliches Privileg in der vorreformatorischen Zeit nicht existiert haben kann, da es damals noch kein law of evidence gegeben hat. Ein "Wiederaufleben" des Privilegs, wie es Badeley annahm, kommt also schon deshalb nicht in Betracht, weil ein solches nie bestanden hat[4]. Selbst wenn aber entgegen unserer Auffassung ein Privileg schon vor der Reformation anerkannt worden wäre, hätte die Emanzipation der Katholiken nicht sein Wiederaufleben bewirken können. Die einschlägigen "Roman Catholic Relief Acts"[5] beseitigten nur die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, die bis dahin für die Katholiken bestanden hatten; sie bewirkten nicht die Schaffung oder Wiedererschaffung von Privilegien[6].

Historisch läßt sich also ein priesterliches Privileg nicht überzeugend begründen. Auch in neuerer Zeit blie-

---

1 Nach Rule 219/1 (cc) des Model Code of Evidence of the American Law Institute sind allerdings ebenfalls nur Kommunikationen mit Beichtcharakter geschützt: "penitential communication means a confession of culpable conduct made secretly and in confidence by a penitent to a priest." Rule 29 der Uniform Rules of Evidence hat diese Beschränkung bestätigt.
2 The Principles of the Law of Evidence, § 584, S. 5o5.
3 A Digest of the Law of Evidence (1922), S. 22o.
4 A.A. heute noch: Lee, 16 No.Ire.L.Q. 79(82).
5 18 Geo. 3, c. 6o; 31 Geo. 3, c. 32; 43 Geo. 3, c. 3o; 1o Geo. 4, c. 7; 16 & 17 Geo. 5, c. 55.
6 Nokes, 66 L.Q.R. 88(1oo).

ben Bemühungen um seine Anerkennung erfolglos. So setzte sich 1959 die anglikanische Kirche für die Schaffung eines priesterlichen Privilegs ein. Ein Jahr zuvor hatte sie, um nicht auf einen Widerspruch seitens des Parlaments zu stoßen, eine das Beichtgeheimnis betreffende Klausel aus einem kirchlichen Gesetzentwurf entfernt. Jetzt drängte der Erzbischof von Canterbury darauf, das Aussageverweigerungsrecht des Geistlichen gesetzlich zu fixieren[1]. 1967 richtete er eine entsprechende Aufforderung an das Law Reform Committee[2]. Das Committee war jedoch der Ansicht, daß die Entscheidung, ob das Beichtgeheimnis der allgemeinen Zeugnispflicht zu unterwerfen sei, weiterhin dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben sollte. Zur Begründung führte es an, in der ganzen Geschichte des englischen Rechts habe es niemals einen Zivilprozeß gegeben, in dem man einen Geistlichen zur Aussage über eine ihm in dieser Eigenschaft gemachte Beichte veranlaßt habe, und auch in Zukunft werde ein solcher Fall kaum zur Entscheidung stehen[3]. In Zivilprozessen habe das Problem keine praktische Bedeutung. Zwar könne die gesetzliche Einführung eines priesterlichen Privilegs zugunsten der Staatskirche keine nachteiligen Auswirkungen haben[4], doch beständen Bedenken allgemeiner Art gegen diese Regelung. Gesetzliche Regelungen von Materien, die früher Gegenstand richterlichen Ermessens gewesen seien, würden leicht zu eng gefaßt. Die Legislative tendiere dazu, das richterliche Ermessen derart einzuschränken, daß Richter das Privileg außerhalb der gesetzlich bestimmten Fälle kaum noch anerkennen würden. Man empfehle daher, es bei der bisherigen Rechtspraxis zu belassen. Der Gesetzgeber ist dem Vor-

1 Vgl. den Bericht der New York Times, zitiert bei Tiemann, The Right to Silence, S. 47.
2 Vgl. den 16. Report, § 47, S. 2o.
3 ibid., § 46, S. 19 f.
4 ibid., § 47, S. 2o.

schlag des Law Reform Committee auch in diesem Fall gefolgt: Der Civil Evidence Act von 1968 nahm zum priesterlichen Privileg nicht Stellung.

Ob das englische Recht ein priesterliches Privileg kennt, ist also, was Beichtgeheimnisse betrifft, bis heute mangels neuerer Präjudizien nicht entschieden. Besonders unangemessen erscheint diese Situation für den katholischen Geistlichen. Wird er als Zeuge gerufen, so steht er angesichts der rechtlich unsicheren Lage vor der Entscheidung, ob er der allgemeinen Zeugnispflicht nachkommen und über den Inhalt einer Beichte aussagen soll - wobei er mit schwerwiegenden kirchenrechtlichen Strafen zu rechnen hat - oder ob er die Aussage entsprechend den kirchenrechtlichen Geboten verweigern und erhebliche Strafen wegen contempt of court in Kauf nehmen soll. Aus dieser Zwangssituation könnte ihn nur die ausdrückliche Anerkennung eines Privilegs befreien[1]. Man muß daher mit Cross[2] annehmen, daß die besseren Gründe für das priesterliche Privileg sprechen.

Gesetzliche Anerkennung hat es aber bis jetzt nur in einigen Ländern des Commonwealth gefunden, wie z.B. in Neufundland[3], Quebec[4], Neuseeland[5], Victoria[6] und Tasmanien[7]. In Irland ist das Privileg des Priesters anerkannt. Weil sich aus der irischen Rechtsprechung einige interessante Aspekte für die Rechtslage in England ergeben, erscheint es angebracht, sie in einem Überblick darzustellen.

---

1 Vgl. hierzu Stoyles, 29 U.Pitt.L.Rev. 27(51).
2 Evidence, S. 245.
3 Evidence Act, (Newfoundland), Sec. 6 (1952).
4 Que. Code Civ. Proc. § 332 (1897).
5 Evidence Act, 1908 (New Zealand), Sec. 8(1).
6 Evidence Act, 1958 (Victoria), Sec. 28.
7 Evidence Act, 1910 (Tasmania), Sec. 96(1).

IV. Exkurs: Die Entwicklung der Rechtsprechung in der Republik Irland

Noch 1802, zu einem Zeitpunkt also, als Irland mit England in parlamentarischer Union verbunden war, hatte man in Butler v. Moore[1] ein priesterliches Privileg verneint: In diesem Prozeß machte ein Erbe von Lord Dunboyne einen größeren Erbteil geltend, als dies testamentarisch festgesetzt worden war. Er suchte zu beweisen, daß der Erblasser zuerst Katholik war, dann der anglikanischen Kirche beitrat und später wieder zur katholischen Kirche zurückkehrte. Als Angehöriger der katholischen Kirche hätte der Erblasser das Testament, durch das er sein Vermögen auf mehrere Erben aufteilte, nach damals geltendem Recht nicht wirksam errichten können. Um die Religionszugehörigkeit des Verstorbenden zu beweisen, benannte der klagende Erbe einen katholischen Priester als Zeugen. Auf die Frage, zu welcher Konfession sich Lord Dunboyne im Zeitpunkt seines Todes bekannte, verweigerte der Priester die Aussage; er wies darauf hin, daß ihm dieses in Ausübung seines geistlichen Amtes vertraulich mitgeteilt worden sei. Der Richter erkannte aber ein priesterliches Privileg nicht an und verurteilte den Geistlichen wegen contempt of court zu einer Gefängnisstrafe.

Auch in Re Keller[2] lehnte das Gericht 1878 ein priesterliches Privileg für einen katholischen Priester ab. Doch betonte Boyd., J., in seinem Urteil, daß es sich in diesem Fall nur um ein vertrauliches Gespräch gehandelt habe; er würde aber einen Priester davor schützen, Beichtgeheimnisse offenbaren zu müssen.

---

1 Mitgeteilt in MacNally, The Rules of Evidence on Pleas of the Crown, Illustrated from Printed and ms. trials and cases (1802), S. 283 ff.

2 22 L.R.I. 158; so auch Palles, C.B., in Tannian v. Synnott (1902), 37 I.L.T. 275.

Seit 1945 wird in Irland ein priesterliches Privileg ausdrücklich anerkannt. Dieses schützt nach der leitenden Entscheidung Cook v. Carroll[1] nicht nur das Beichtgeheimnis selbst, sondern alle vertraulichen Gespräche mit einem Priester. Dieser Fall betraf die Schadensersatzklage einer Mutter gegen einen Mann, der nach ihren Angaben für die Verführung ihrer Tochter verantwortlich war. Dazu sollte ein Gemeindepfarrer über eine Unterredung aussagen, die dieser mit dem betroffenen Mädchen gehabt hatte. Da er das Zeugnis verweigerte, wurde er im Verfahren 1. Instanz wegen contempt of court verurteilt; in dem vom Beklagten angestrengten Berufungsverfahren jedoch gab Duffy, J., der nochmaligen Weigerung des Priesters statt. Er wandte sich gegen die von Jessel, M.R., in Wheeler v. Le Marchant[2] obiter dictum vertretene Auffassung, daß vertrauliche Kommunikationen mit einem Geistlichen nicht geschützt seien. Das Common Law Englands gelte nur so weit auch für Irland, als es mit der nationalen Unabhängigkeit Irlands und dessen "public policy" vereinbar sei. Die englische Rechtsprechung habe sich auf den Standpunkt, das priesterliche Privileg könnte gegebenenfalls nur für Beichtgeheimnisse, nicht aber bereits für vertrauliche Gespräche gewährt werden, nur deshalb zurückgezogen, weil sie im Grunde genommen ein Privileg überhaupt ablehne. In diesem Fall könne aber das Privileg auf Grund einer wohlerwogenen Harmonisierung des Common Law mit der Verfassung der Republik Irland gewährt werden, da diese ausdrücklich die besondere Stellung der römisch-katholischen Kirche als Hüterin des Glaubens anerkenne: "In a State where nine out of every ten citizens today are Catholics and on a matter closely touching the religious outlook of the people,

1 [1945] I.R. 515.
2 Vgl. oben S. 29, Fn. 3.

it would be intolerable that the common law, as expounded after the Reformation in a Protestant land, should be taken to bind a nation which persistently repudiated the Reformation as heresy. When, as a measure of necessary convenience, we allowed the common law generally to continue in force, we meant to include all the common law in harmony with the national spirit; we never contemplated the maintenance of any construction of the common law affected by the sectarian background."[1]

Im Vergleich zur englischen Rechtsprechung fällt als erstes auf, daß der verfassungsrechtliche Aspekt, d.h. das Verhältnis des Staates zu seinen religiösen Organisationen, bei der Diskussion um die Anerkennung eines priesterlichen Privilegs in England bis jetzt keine Rolle gespielt hat[2]. Weiterhin führt diese Entscheidung zu der Frage, wen das priesterliche Privileg im Falle seiner Anerkennung eigentlich schützen solle. In Cook v. Carroll entschied der Richter, daß das Privileg allein zugunsten des Geistlichen besteht und daher eine Partei - wie in diesem Fall etwa konkludent durch die Benennung des Geistlichen als Zeugen - nicht von sich aus darauf verzichten kann. Die von englischen Richtern in frühen Entscheidungen[3] gebrauchten Formulierungen deuten darauf hin, daß dieses Konzept auch ihrer Vorstellung vom priesterlichen Privileg entsprechen würde.

---

1 [1945] I.R. 515(519). Vgl. hierzu die Notiz in 13 No. Ire.L.Q. 16o(167): "Whether on this argument Gavan Duffy, J., would have accorded the privilege to a clergyman or minister of any Church other than the Roman Catholic is a matter for conjecture."

2 Allerdings kann dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Schutzes der katholischen Kirche in Irland nach dem Referendum vom 7. Dezember 1972 keine Bedeutung mehr zukommen. Es bleibt abzuwarten, ob die irische Rechtsprechung dem verfassungsrechtlichen Aspekt ein so großes Gewicht beigelegt hat, daß sie ihre positive Haltung zum priesterlichen Privileg aufgeben wird.

3 Vgl. die oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, anfangs unter III zitierten Fälle.

1966 wurde Cook v. Carroll in Forristal v. Forristal and O'Connor[1] bestätigt. Zugleich wurde abgelehnt, daß das priesterliche Privileg noch mehr als vertrauliche Gespräche schützen könne: Ein von einem der Beklagten an einen Priester gesandter Brief, der verleumderische Mitteilungen über den Kläger enthielt, mußte vorgelegt werden[2].

Die letzten beiden irischen Fälle widerlegen jedenfalls die Annahme des Law Reform Committee, daß in der zivilgerichtlichen Praxis die Frage eines priesterlichen Privilegs kaum entstehen wird. Die Tatsache, daß sich in der englischen Praxis diese Probleme bisher nicht gezeigt haben, könnte andere Ursachen haben. Sie könnte sich einerseits aus der besonderen Beweissituation der Parteien und andererseits aus der Haltung des Richters gegenüber dem als Zeugen benannten Geistlichen erklären.

Zum ersten ergibt sich, daß kaum jemand anderes als der Beichtende selbst einen Priester als Zeugen benennen kann. Denn während die Aussage anderer Zeugen bis zu einem gewissen Umfang voraussehbar ist (wie z.B. die Aussage eines Arztes über den Gesundheitszustand seines Patienten), ist das,was ein Geistlicher über den Inhalt einer Beichte aussagen kann, anderen als dem Beichtenden selbst völlig unbekannt. Kann der Prozeßgegner des Beichtenden daher nicht absehen, ob der Geistliche überhaupt zu seinen Gunsten aussagen wird, so wird er meistens auf dessen Aussage überhaupt verzichten. Zum zweiten liegt die Vermutung nahe, daß englische Richter auf Grund stillschweigenden Übereinkommens nicht auf die Vernehmung eines Geistlichen gedrungen haben, wenn dieser doch einmal

1 (1966), 1oo I.L.T.R. 182.
2 Die in Forristal v. Forristal and O'Connor zu entscheidende Frage, ob brieflich Anvertrautes den gleichen Schutz genießen sollte wie persönliche Mitteilungen, soll hier nicht erörtert werden.

als Zeuge benannt worden war und dann das Zeugnis verweigern wollte. Sie scheinen also das ihnen eingeräumte Ermessen stets zugunsten des Geistlichen ausgeübt zu haben. Diese Annahme bestätigt sich auch durch eine Äußerung von Best, C.J., in Broad v. Pitt[1]. Best hatte zwar zunächst ein priesterliches Privileg entschieden abgelehnt: "The privilege does not apply to clergymen, since the decision the other day, in the case of Gilham"[2], dann aber eingeräumt: "I, for one, will never compel a clergyman to disclose communications, made to him by a prisoner; but if he chooses to disclose them, I shall receive them in evidence." Diese Praxis wurde auch ausdrücklich im 16. Report des Law Reform Committee gebilligt[3].

V. Andere Fälle der Befreiung des Geistlichen von der allgemeinen Zeugnispflicht

1. Durch das privilege against self-incrimination

In der neueren englischen Literatur hat man erörtert, ob die erweiterte Anwendung herkömmlicher Privilegien das Fehlen eines beruflichen Privilegs für Priester ausgleichen kann. So meint Nokes[4], daß das privilege against self-incrimination, das den Zeugen von der Aussagepflicht befreit, wenn er sich durch die Aussage selbst belasten

---

1 (1828), 3 C. & P. 518(519).
2 R. v. Gilham (1828), 1 Moo.C.C. 186.
3 16. Report, § 46, S. 19 f.: "If the priest should chance to be called as a witness ... either by the penitent or another party, it is most unlikely that a "fishing question" would be put to him about the penitential communication and it is, we think, certain that, if it were, his refusal to answer it would be upheld by the judge in the exercise of his general discretion in the conduct of the trial."
4 66 L.Q.R. 88(1oo).

würde, auch den Geistlichen schützen könne[1]. Denn bei der Offenbarung eines Beichtgeheimnisses vor Gericht würde ein anglikanischer Geistlicher gegen Kanon 113 der Canones von 1604[2] und ein römisch-katholischer Geistlicher gegen Kanon 889, 890 und 2369 des Corpus Juris Canonici verstoßen[3].

Es ist jedoch fraglich, ob das privilege against self-incrimination dem Geistlichen tatsächlich ausreichend Schutz gewährt. Der für den anglikanischen Geistlichen maßgebende Kanon lautet: "If any man confess his secret and hidden sins to the minister for the unburdening of his conscience, and to receive spiritual consolation and ease of mind from him, we do not in any way bind the said minister by this our constitution, but do straitly charge and admonish him that he do not at any time reveal and make known to any person whatsoever any crime or offence so committed to his trust and secrecy (except they be such crimes as by the laws of this realm his own life may be called into question for the same) under pain of irregularity."[4]

Die hier in allgemeinen Formulierungen in Aussicht gestellte Bestrafung des Geistlichen für den Fall, daß er die ihm obliegende Schweigepflicht verletzt, ist nach Nokes als Androhung einer Amtsenthebung zu interpretieren[5]. Damit der von ihm vorgeschlagene Lösungsweg gangbar wäre, müßte also die Amtsenthebung des Geistlichen eine Folge sein, vor der das privilege against self-incrimination schützen will. Das ist aber zweifelhaft. Darüber hinaus spricht gegen den aktuellen Strafcharakter

1 In Ansätzen findet sich dieser Lösungsvorschlag schon bei Best, The Principles of the Law of Evidence, § 584 B, S. 505.
2 Vgl. Best, a.a.O., § 584, S. 503.
3 Vgl. die Notiz ohne Verfasserangabe, 13 No. Ire. L.Q. 169.
4 Zitiert nach Best, a.a.O., § 584, S. 503.
5 66 L.Q.R. 88(101).

der Vorschrift auch eine Verlautbarung des Erzbischofs von Canterbury aus dem Jahre 1959, wonach sich die Kirche von England solange gehindert sehe, die Geheimhaltung der einem Geistlichen anvertrauten Beichtgeheimnisse in ihren Gesetzen zu verankern, als nicht das Parlament die laws of evidence geändert habe[1]. Daraus folgt, daß die geistliche Geheimhaltungspflicht auch kirchenrechtlich bis jetzt noch ungeregelt ist. Weiterhin liegt - wie Nokes selbst zugibt - wegen eines Verstoßes gegen den 113. Kanon kein moderner Präzedenzfall aus dem kirchlichen Disziplinarrecht vor. Der Autor meint daher selbstkritisch gegenüber der von ihm vorgeschlagenen Lösung, daß die Einleitung eines Disziplinarverfahrens aus diesem Grunde gegenwärtig auch unwahrscheinlich sei, so daß weltliche Gerichte, vor denen eine Aussage mit dem Hinweis auf kirchliche Sanktionen verweigert wird, die Berechtigung dieser Verweigerung nicht anerkennen würden[2].

Bedenken gegen die Anwendung der "incrimination policy" in Fällen, in denen katholische Geistliche über Beichtgeheimnisse aussagen sollen, erheben sich seit dem Civil Evidence Act von 1968 auch deshalb, weil eine Berufung auf den Corpus Juris Canonici nicht möglich erscheint: Nach Sec. 14(1) des Civil Evidence Act findet das privilege against incrimination nur bei solchen Handlungen Anwendung, die in jedem Teil des Vereinigten Königreiches als Straftaten verfolgt werden[3]. Danach wäre die Berufung

---

1 So die New York Times vom 28.4.1959, zitiert bei Tiemann, The Right to Silence, S. 47.

2 66 L.Q.R. 88(1o1 f.); a.A.: Langan, Civil Procedure and Evidence (197o), S. 229.

3 "(1) The right of a person in any legal proceedings other than criminal proceedings to refuse to answer any question or produce any document or thing if to do so would tend to expose that person to proceedings for an offence or for the recovery of a penylty -
(a) shall apply only as regards criminal offences under the law of any part of the United Kingdom and penalties provided for by such law;...
(b) ..."

auf das privilege against incrimination unzulässig, wenn sich die Strafbarkeit einer Handlung, der sich der Zeuge durch seine Aussage aussetzen würde, aus fremdem Recht ergäbe. Katholisches Kirchenrecht ist nun zwar nicht fremdes Recht in dem Sinne, daß es nur im Ausland gilt, es kann aber auch nicht im Sinne der Sec. 14(1)(a) des Civil Evidence Act "law of any part of the United Kingdom" sein. Die Begründung dafür findet sich schon bei Nokes selbst. 1950 hatte er das katholische Kirchenrecht als "rules of a voluntary association" qualifiziert und stellte fest: "... the rules of a voluntary association ... do not stand on the same footing as the law of England with regard to incrimination"[1].

Es ist daher anzunehmen, daß die englische Rechtsprechung das Vorliegen der Voraussetzungen für ein privilege against self-incrimination auch für den katholischen Geistlichen verneinen wird. In keinem Fall ist also dieses Privileg ein sicherer Schutz[2].

2. Durch das Privileg für without prejudice geführte Verhandlungen

Die einzigen Fälle, in denen die englische Rechtsprechung bis heute dem Geistlichen ausdrücklich ein Aussageverweigerungsrecht zuerkannt hat, sind diejenigen, in denen er als Vermittler zwischen streitenden Eheleuten tätig geworden ist. Wie der Arzt[3] wird auch er hier von der allgemeinen Zeugnispflicht durch das Privileg für "with-

1 66 L.Q.R. 88(1o2).
2 Selbst wenn man die aufgezeigten Schwierigkeiten für eine Anwendung des "privilege against incrimination" überwände, würde sich das weitere Problem stellen, wie sich eine Aussageverweigerung für Geistliche anderer Konfessionen, die nicht wie anglikanische und römisch-katholische Geistliche durch Aussageverbote zum Schweigen verpflichtet sind, begründen ließe.
3 Vgl. oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, B.

out prejudice" geführte Verhandlungen befreit. Dieses erklärt sich aus dem öffentlichen Interesse, Meinungsverschiedenheiten frühzeitig beizulegen und die Zahl der Prozesse auf ein Minimum zu begrenzen. Dazu gibt das englische Recht den Parteien die Möglichkeit, schlichtende Verhandlungen in weitem Umfang zu führen, ohne befürchten zu müssen, daß die dabei abgegebenen Erklärungen im Falle des Mißlingens der Verhandlungen in einem späteren Prozeß gegen sie verwandt werden könnten[1].

Grundsätzlich sind es die Parteien selbst (und deren Anwälte), die für "without prejudice" abgegebene Erklärungen privilegiert sind. Wenn jedoch ein Dritter zwischen zerstrittenen Eheleuten vermittelt, so kann sich auch dieser auf das Privileg berufen[2]. Das soll über den schon erwähnten Zweck der Regel hinaus auch der Förderung des Ehefriedens dienen[3]. Das Privileg steht hier aber auch einem Geistlichen, der die Vermittlerrolle übernommen hat, nicht in seiner Eigenschaft als Vermittler zu. Geschützt ist auch nicht der Geistliche per se, sondern ausschließlich einer der Ehepartner oder beide, wenn sie mit ihm zum Zwecke der Aussöhnung gesprochen und ihn als Vermittler anerkannt haben. Ohne Zustimmung des einen oder anderen oder beider Ehepartner kann der Geistliche daher in einem späteren Scheidungsprozeß nicht aussagen.

In McTaggart v. McTaggart[4] wurde die Grundlage für diese Regel gelegt. Ein Bewährungshelfer war als Vermittler zwischen Eheleuten tätig geworden. Denning, L.J., erklärte: "The probation officer has no privilege of his own in respect of disclosure any more than a priest, or a medical man, or a banker ..."[5]. Mole v. Mole[6] bestä-

1 Vgl. Cross, Evidence, S. 247.
2 Vgl. ibid., S. 248.
3 Vgl. ibid.
4 [1949] P. 94.
5 [1949] P. 94 (97).
6 [1951] P. 21 (24).

tigt diese Entscheidung. Obiter dicta wird bereits erklärt, daß der dort entwickelte Rechtsgrundsatz auch für andere Berufsgruppen, nämlich für Geistliche, Ärzte oder Eheberater[1], gelten soll. Henley v. Henley[2] und Pais v. Pais[3] stellen dies für in Ehestreitigkeiten vermittelnde Geistliche bindend fest. Im ersten Fall wurde entschieden, daß ein Geistlicher in einem späteren Scheidungsprozeß nicht gezwungen werden kann, gegen den Willen der Ehefrau als Zeuge des Ehemannes auszusagen. Der zweite Fall ist deshalb bedeutungsvoll, weil der hier als Zeuge berufene Geistliche seine Aussageverweigerung ausdrücklich damit begründete, das für "without prejudice" geführte Verhandlungen gewährte Privileg schütze (auch) ihn selbst, diese Auffassung jedoch im Urteil zurückgewiesen wurde:

"... in my judgement it is not the law of England that there is a privilege attaching to a priest or other professional man, or to any other marriage guidance counsellor as such. If anything further is needed to support this it is, I think, to be found in the argument ... that if there is to be or is such a privilege that is putting the conciliator on a far higher and different plane from the lawyer. The privilege of communications between lawyer and client is the privilege of the client, not the privilege of the lawyer. So too, the privilege of communications between priest and spouse, and I am dealing only with the case of conciliation, is the privilege of the spouse, not of the priest."[4]

---

1 Die Royal Commission on Marriage and Divorce (siehe ihren Report, Cmd. 9678, S. 1o1) hatte 1956 allerdings ein Privileg für "marriage guidance counsellors" selbst empfohlen. Ein 1963 eingebrachtes Gesetz sah ein solches dann auch vor. Das Gesetz wurde jedoch nicht verabschiedet (Anders in Australien: vgl. Sec. 12 der Matrimonial Causes Act von 1959).

2 [1955] P. 2o2.

3 [197o] 3 W.L.R. 83o.

4 Vergleichsweise mag an dieser Stelle auf Entscheidungen hingewiesen werden, in denen sich die deutsche Rechtsprechung mit dem Umfang der Zeugnispflicht vermittelnd tätig gewordener Geistlicher befassen mußte. Da das geltende deutsche Recht ein dem Privileg für "without prejudice" geführte Verhandlungen entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht der Vermittler nicht

kennt (anders noch das gemeine Recht: vgl. Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen (1867), S. 284), hatten die Gerichte zu prüfen, ob der Geistliche sich zu Recht darauf berufen konnte, daß ihm die Tatsache, über die er aussagen sollte, im Sinne des § 383 I Nr. 4 ZPO "bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut" worden war. Das wurde nicht für jede vermittelnde Tätigkeit anerkannt:
In einem vom OLG Nürnberg (FamRZ 1963, 260) entschiedenen Fall prozessierten die Parteien um den genauen Umfang eines Leibgedinges, das der Beklagte der Klägerin zu gewähren hatte. Bei den dem Prozeß vorausgehenden Streitigkeiten hatte man schließlich einen Geistlichen hinzugezogen, in dessen Gegenwart es zu einer Einigung kam, die von den Parteien schriftlich niedergelegt und unterschrieben worden war. Im Streit um den genauen Inhalt des Vereinbarten sollte der Geistliche darüber als Zeuge aussagen. Dieser verweigerte aber die Aussage. Das OLG Nürnberg entschied, daß es sich bei der von den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht um eine Äußerung handele, die ihrer Natur nach oder nach dem Willen der Parteien geheimbleiben sollte: Es handele sich nicht um Gespräche aus dem Bereich der Seelsorge. Vielmehr sei eine Regelung rein wirtschaftlicher Verhältnisse getroffen worden. Sie sei schriftlich niedergelegt worden, um den Parteien zu ermöglichen, die einzelnen Abmachungen stets nachzulesen und sich notfalls auf sie berufen zu können. Das Gericht sah daher die Voraussetzungen des § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht als gegeben an. (Kritisch zu diesem engen Verständnis des Seelsorgebegriffs m.E. zu Recht: Bosch, FamRZ 1963, 262.)

Anders entschied hingegen das LG Nürnberg (FamRZ 1964, 513) im Zusammenhang mit einem Ehescheidungsprozeß, in dem ein Geistlicher auf Antrag der Beklagten über schwere Beleidigungen, Tätlichkeiten und Drohungen aussagen sollte, die der Kläger ihr gegenüber in Gegenwart von Verwandten beider Seiten und des Geistlichen zugegeben haben sollte. Der Geistliche verweigerte sein Zeugnis mit dem Hinweis darauf, daß die Gespräche, die er mit den Beteiligten geführt habe, in engem Zusammenhang mit seiner seelsorgerlichen Tätigkeit stünden. Die Kammer hielt die Zeugnisverweigerung für berechtigt. In der Urteilsbegründung heißt es: "Die Erfüllung der Aufgabe des Seelsorgers wäre ja auch gefährdet, wenn die bei ihm gerade in Ehesachen Rat und Hilfe Suchenden zu fürchten hätten, daß der Geistliche später vor Gericht über die ihm dabei bekanntgewordenen Tatsachen aussagen müßte" (FamRZ 1964, 513 (514)). Nach Ansicht des Gerichts hatte das Gespräch seinen vertraulichen Charakter auch nicht durch die Teilnah-

Pais v. Pais zeigt, wie ablehnend die neuere englische Rechtsprechung der Schaffung eines Privilegs für Geistliche und andere berufliche Geheimnisträger um dieser selbst willen gegenübersteht. Gleich aber, wie man neue berufliche Privilegien konstruierte, wäre - wie bereits dargelegt worden ist - die Zurückhaltung, die sich die englische Rechtsprechung bei ihrer Anerkennung auferlegt, unverständlich, wenn der hinter dem legal professional privilege stehende Schutzgedanke für alle Verhältnisse zwischen einem beruflichen Geheimnisträger und dem sich ihm Anvertrauenden gleichermaßen Bedeutung hätte. Diese Überlegung wird - gerade im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Geistlichem und Beichtendem - schon in Russel v. Jackson[1] angestellt. Die Entscheidung bestätigt die Vermutung, daß das legal professional privilege nicht aus dem Vertrauensschutz zu begründen ist, sondern weiterreichende Bedeutung hat:

"It is evident that the rule which protects from disclosure confidential communications between solicitor and client, does not rest simply upon confidence reposed by the client in the solicitor, for there is no such rule in other cases, in which at least equal confidence is reposed: in cases, for instance ... of the clergyman and the prisoner. It seems to rest, not upon confidence itself, but upon the necessity of carrying it out."

Forts. Fn. 4:
me der beiderseitigen Angehörigen verloren; denn auch insoweit habe noch eine enge Sphäre bestanden, die für die Eheleute außerdem durch das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen geschützt sei. Der letztere Gesichtspunkt ist nicht unbedenklich. Darauf ist aber in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen. Beide Fälle machen deutlich, daß auch betreffs der Vermittlertätigkeit bestimmter beruflicher Geheimnisträger deutsche Entscheidungen sich entgegen den englischen nicht am Gedanken des Rechtsfriedens, sondern allein an dem hinter dem § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO stehenden Gedanken der Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Vermittler orientieren.

1 (1851), 9 Hare 387 (391).

Hiernach schützt also das für anwaltliche Beratungsgeheimnisse gewährte Privileg in erster Linie die Wahrnehmung der dem Anwalt anvertrauten Interessen. Folglich muß das legal professional privilege eine ausschließlich am Zweck des Anwalt-Klienten-Verhältnisses orientierte Bedeutung haben. Dies bedarf noch einer näheren Untersuchung.

D. Das Privileg für Journalisten[1]

Im Gegensatz zu den bisher behandelten Berufen geht es bei dem Privileg der Journalisten nicht darum, ob die diesen mitgeteilten oder sonst bekanntgewordenen Tatsachen selbst geschützt sind - denn diese sind regelmäßig durch Veröffentlichung allgemein bekannt. Vielmehr kann ein journalistisches Aussageverweigerungsrecht nur den Schutz der Informationsquellen betreffen.

I. Die Rechtsprechung in Prozessen wegen Pressebeleidigungen

In Fällen, in denen gegen Journalisten wegen Ehrverletzungen Zivilprozesse geführt wurden, könnte die englische Rechtsprechung zu der Annahme veranlassen, daß ein solcher Schutz anerkannt sei.
Wigmore[2] beschreibt diese Rechtsprechung als "a special and exceptional practice, going back for some fifty years and attributable to the special status of libel actions in English social life, exempting a newspaper publisher

1 Dieser Begriff umfaßt, soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt, alle Personen, die bei der Herstellung von Druckschriften berufsmäßig mitwirken (Presseangehörige).
2 Evidence, § 2286, S. 533, Fn. 21.

in an action of libel where malice or fair comment is in issue, from disclosing the identity of his informant." Unter Berufung auf diese Ausführungen behauptete man außerhalb Englands des öfteren, es gebe in libel-Prozessen ein (beschränktes) Privileg für Journalisten, über dessen Gewährung nach Ermessen des Gerichts entschieden werde[1]. In Deutschland sah sich Löffler[2] durch die englische Rechtsprechung in Pressebeleidigungsfällen veranlaßt, das Vorhandensein eines Presseprivilegs mit der allgemeinen Feststellung zu bejahen, daß die Respektierung des Berufsgeheimnisses der Presse und ihr Recht zur Zeugnisverweigerung in England zu den ungeschriebenen Normen gehöre, nach denen der englische Richter Recht spreche. Eine solche Haltung der englischen Rechtsprechung wäre aber ein deutlicher Bruch mit ihrer Tendenz, dem Prinzip der Wahrheitsfindung gegenüber dem Schutz einer individuellen Geheimsphäre und damit auch gegenüber dem Schutz eines zwischen einem beruflichen Geheimnisträger und einem Dritten begründeten Vertrauensverhältnisses den Vorzug zu geben[3]. Es ist daher zu untersuchen,

---

1 Siehe D'Alemberte, 6 Harv.J.Legis. 3o7 (311); Freedman, 32 Can.Bar.Rev. 1 (3).

2 Presserecht, Bd. I, 5. Kapitel, VII, Randz. 156 und Bd. II, Randz. 127 zu § 23 LPG; derselbe, NJW 1958, 1215. Unklar Gubler-Corti, Festschrift Willi Bretscher (1957), S. 185 (2oo), der von einem "Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich fair comment" spricht.

3 Diese Tendenz hat ihren gesetzlichen Niederschlag in Sec. 16 des Civil Evidence Act von 1968 gefunden. Diese Vorschrift schafft eine Reihe bis dahin anerkannter Privilegien ab (vgl. Sec. 16 (2)-(5)). Auffällig ist dabei besonders die Beseitigung des Privilegs für Eheleute, das diese davor bewahrte, Gespräche, die ihr eheliches Zusammenleben betrafen, zu offenbaren. Siehe auch Lord Parker, C.J., in Attorney-General v. Clough, [1963] 1 Q.B. 773 (787): "As the Attorney General has, I think, rightly said, one must start from this, that any privilege which exists constitutes a shackle on the discovery of the truth and an impediment on the due administration of the law."

wie weit der vielerseits aus bestimmten libel-Verfahren gezogene Schluß zulässig ist. Dabei können sich die folgenden Ausführungen teilweise auf eine Untersuchung Carters[1] aus dem Jahre 1960 stützen.

Hennessy v. Wright[2] war das erste in einer langen Reihe von libel-Verfahren, die sich mit der Aussagepflicht der Journalisten über ihre Informationsquellen beschäftigt haben: Der Gouverneur von Mauritius hatte den Herausgeber von "The Times" wegen libel verklagt. Der Beklagte berief sich im Zwischenverfahren darauf, daß er sachliche Kritik geübt habe (fair comment), und brachte vor, der in Frage stehende Artikel sei unter Umständen veröffentlicht worden, die ein "bedingtes Privileg" (qualified privilege)[3] begründeten. Um nachzuweisen, daß der Beklagte sich nicht mit qualified privilege rechtfertigen könne, beantragte der Kläger, ihn in interrogatories[4] über seine Informanten befragen zu dürfen. Auf den Widerspruch des beklagten Zeitungsverlegers hin lehnte das der Court of Appeal ab. Das Gericht war der Ansicht, daß die Identität der Informanten für den Hauptstreitpunkt, ob die Behauptung des Beklagten eine Ehrverletzung darstellte, nicht erheblich ("relevant") sei.

Carter[5] hält dies insofern für eine überraschende Entscheidung, als sie nicht die eigentliche Absicht des Klägers berücksichtigt habe. Der Kläger habe mit Hilfe der interrogatories ermitteln wollen, ob der Beklagte

---

1 35 N.Y.U.L.Rev. 1111 f.
2 (1888), 24 Q.B.D. 445 (C.A.).
3 Qualified Privilege ist ein in libel-Prozessen zulässiger Rechtfertigungsgrund, der aber ausgeschlossen werden kann, wenn der Kläger beweist, daß der Beklagte in böswilliger Absicht gehandelt hat.
4 Vgl. R.S.C. O. 26, r. 1-8 und dazu Bruns, Zivilprozeßrecht (1968), § 16, III, 2, S. 117; sowie unten 1. Teil, 2. Abschnitt, B, II, 1.
5 35 N.Y.U.L.Rev. 1111 (1115 f.).

bei der Auswahl seiner Informationsquellen im guten Glauben gewesen sei oder ob er sich böswillig auf die Mitteilungen nicht vertrauenswürdiger Informanten verlassen habe. Gleichgültig aber, ob dies im Ergebnis falsch oder richtig sei, habe die Entscheidung allein die Beweiserheblichkeit (relevancy) der gewünschten Auskunft betroffen, nicht aber die Frage eines Aussageverweigerungsrechts. Die Urteilsbegründung, die Lord Esher in diesem Falle gab, unterstützt Carter's Auffassung: "The objection taken by the defendant is, that the answers to the interrogatories in question cannot disclose anything which can be fairly said to be material to enable the plaintiff either to maintain his own case or to destroy the case of his adversary. It must be admitted that, if the answers could be material for either of these purposes, the interrogatories ought to be answered ..."[1].

Gibson v. Evans[2] bestätigte die in Hennessy v. Wright entwickelte Regel: Der beklagte Zeitungsherausgeber sollte in interrogatories den Namen des Verfassers eines nach Ansicht des Klägers beleidigenden Briefes bekanntgeben, der in seiner Zeitung erschienen war. Auch hier lehnte das Gericht die Bewilligung der interrogatories wegen Unerheblichkeit ab. In Hope v. Brash[3] schließlich entschied der Court of Appeal unter Berufung auf die Hennessy Regel, daß der Verleger einer Zeitung nicht dazu gezwungen werden könne, dem Kläger das Manuskript eines dem letzteren unbekannten Mitarbeiters zur Einsichtnahme vorzulegen. Spätere Entscheidungen wandten die Hennessy-Regel nicht mehr nur auf Zeitungsherausgeber an, sondern auch dann, wenn der wegen libel Beklagte in kei-

1 (1888), 24 Q.B.D. 445 (447).
2 (1889), 23 Q.B.D. 384.
3 [1897] 2 Q.B. 188 (C.A.).

ner Weise in Beziehung zur Presse stand[1]. Immer jedoch war Gegenstand der Entscheidung, ob die an den Beklagten gerichtete Frage für den Rechtsstreit erheblich ist[2].

19o6 interpretierte Plymouth Mutual Cooperative & Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association[3] den in Hennessy v. Wright aufgestellten Rechtsgrundsatz in neuer Weise. Es ging um ein libel-Verfahren gegen die Verleger eines Handelsblattes, in dem der Kläger die Berufung der Beklagten auf "fair comment" mit dem Vorwurf zurückwies, sie hätten in böswilliger Absicht gehandelt. Obwohl der Court of Appeal die Frage nach der Informationsquelle hier als beweiserheblich ansah, gab er der Weigerung der Beklagten statt, darüber in einem interrogatory Auskünfte zu erteilen. Das Gericht verstand die Hennessy-Regel nicht länger so, als weise sie bestimmte Beweise wegen Unerheblichkeit ab; vielmehr nahm es jetzt an, daß nach ihr die Bekanntgabe der Personen, deren Auskünfte den Beklagten zur Veröffentlichung der ehrverletzenden Behauptung veranlaßt hatten, nicht mehr ohne besonderen Grund erzwungen werden konnte[4]. Den in Hennessy v. Wright zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatz faßte man nun so auf, als regel er ein Aussageverweigerungsrecht. Dieses neue "Privileg" wurde al-

1 Vgl. Elliott v. Garrett, [19o2] 1 K.B. 87o (C.A.); White & Co. v. Credit Reform Association & Credit Index, Ltd., [19o5] 1 K.B. 653

2 Vgl. z.B. Collins, M.R., in White & Co. v. Credit Reform Association & Credit Index, Ltd., a.a.O., S. 658: "If there is to be an investigation into the motives of the person publishing the libel, it is essential to know all the facts; and it is obvious that, if the information upon which he acted was procured from a person or persons who could not possibly know anything about the matters in question, and he nevertheless published statements complained of as if they were based on sufficient information, that might be cogent evidence of malice."

3 [19o6] 1 K.B. 4o3 (C.A.).

4 a.a.O., S. 418.

lerdings nur noch auf Zeitungsverleger angewandt[1].

Daraus folgt nicht, daß der Begriff des Privilegs, wie ihn die durch Plymouth Mutual Cooperative and Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association begründete Rechtsprechung verwandte, mit dem hier gebrauchten Begriff eines Presseprivilegs identisch ist. Die folgende Erklärung, die Buckley, L.J., in Adam v. Fisher[2] für die beschränkte Anwendung des "Privilegs" auf Zeitungsverleger gab, scheint zwar zunächst dafür zu sprechen: "... one [answer] was that it might be assumed that the object of getting the name of the informant of a newspaper was to sue the informant, which was plainly improper. The second answer was that a newspaper stood in such a position that it was not desirable on the grounds of public interest that the name of a newspaper's informant should be disclosed."

Buckleys Hinweis auf das öffentliche Interesse am Wirken der Presse war aber nur ein obiter dictum. In Lyle-Samuel v. Odhams, Ltd.[3] hat man seine Ausführungen zwar zitiert, hielt es jedoch nicht für nötig, darauf einzugehen[4]. Mit dieser letzten Entscheidung kann daher Löff-

---

1 Siehe Plymouth Mutual Cooperative & Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association, [19o6] 1 K.B. 4o3 (415 f.) und South Suburban Cooperative Society, Ltd. v. Orum, [1937] 2 K.B. 69o (C.A.). Im letzten Fall entschied man, daß das Privileg sich nicht auch auf den Schreiber eines Leserbriefes erstrecke, der in der Zeitung veröffentlicht worden war.

2 (1914), 3o T.L.R. 288.

3 [192o] 1 K.B. 135 (C.A.).

4 Vgl. Banker, L.J., a.a.O., S. 141: "It may be that in that passage the Lord Justice Buckley was alluding to what is compendiously spoken of as the freedom of the press; that it is in the public interest to maintain the freedom of the press; and that it would be difficult to maintain that freedom if the editor of a newspaper felt that he might be compelled to disclose the name of the person upon whose information he was acting in making the comment or inserting the statement. I do not know whether that is what the Lord Justice was referring to, but it is not necessary to discuss the rule, or the wisdom iof it...".

ler[1] nicht seine Auffassung stützen, der Schutz des journalistschen Berufsgeheimnisses in England stehe auf dem Boden eines "öffentlichen Interesses am Wirken der Presse".

Mit anderen Begründungen der neueren Regel läßt sich die Existenz eines Presseprivilegs im eigentlichen Sinne ebenfalls nicht belegen. Man weist darauf hin, daß der Kläger, gäbe man ihm das Recht, vom Beklagten die Nennung seines Informanten zu erzwingen, damit die Möglichkeit hätte, auch diesen zu verklagen[2]. Auch macht man geltend, daß der Kläger dadurch den Beklagten zwingen könne, bereits im Zwischenverfahren seine Zeugen bekanntzugeben[3]. Ersteres will man dem Kläger nicht zugestehen, da sein rechtliches Interesse durch die Möglichkeit einer Klage gegen den Herausgeber gewahrt sei: "The person who is defamed has his remedy against the newspaper and that is enough, without letting him delve round to see who else he can sue."[4] Dieses Prinzip des "Angelverbots"[5] in interrogatories wie auch der Grundsatz, daß eine Partei im Zwischenverfahren grundsätzlich nicht von der Gegenpartei die Benennung ihrer Zeugen verlangen kann, sind aber allgemeingültige Regeln, die unabhängig von einem "Presseprivileg" stets in interrogatories Anwendung gefunden haben.

---

1 Presserecht, Bd. II, Randz. 127 zu § 23 LPG.

2 Vgl. Lee, 16, No.Ire.L.Q. 79 (84). In Lyle-Samuel v. Odhams, Ltd., [192o] 1 K.B. 135 (143 f.) hat das Gericht der Erklärung des Klägers, er wolle den Informanten nicht verklagen, keine Bedeutung beigemessen. Es meinte, daß diese Erklärung keine besonderen Umstände begründe, die das dem Beklagten in libel-Verfahren gewährte "Privileg" nicht zur Anwendung kommen ließen.

3 Lord Parker, C.J., in Attorney-General v. Clough, [1963] 1 Q.B. 773 (789).

4 Lord Denning in Attorney-General v. Mulholland, [1963] 2 Q.B. 477 (49o).

5 Zu diesem Begriff vgl. Jacoby, ZZP 74, 145 (154).

Die beiden wichtigsten Unterschiede zwischen dem in libel-Prozessen gewährten "Privileg" und einem Presseprivileg hat Carter herausgearbeitet[1]. Er hat erstens gezeigt, daß der in Plymouth Mutual Cooperative and Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association entwickelte Grundsatz aus Überlegungen entstanden ist, die die Erheblichkeit bestimmter Beweise betreffen. Zweitens hat er nachgewiesen, daß alle sich auf das "newspaper publisher's privilege" beziehenden Fälle ausschließlich aus interrogatories hervorgegangen sind. In keinem Fall habe ein Gericht die Berufung eines Zeitungsverlegers auf ein Privileg während der Hauptverhandlung selbst zugelassen. Vielmehr werde - allerdings obiter dicta - schon in Plymouth Mutual Cooperative and Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association selbst die Möglichkeit zurückgewiesen, daß ein Verleger in einer Hauptverhandlung die Aussage über die Namen seiner Informanten verweigern könne[2].

Carters erste Feststellung kann sich auf das Urteil in South Suburban Cooperative Society, Ltd. v. Orum[3] stützen, in dem es heißt: "... the special newspaper immunity does not rest on any independent principle of law, but is in truth an exception, the grounds of which have not been very completely defined, carved out of the general field of relevance..."[4]. Ist aber der in libel-Fällen entwickelte Grundsatz systematisch der Beweiserheblichkeit zuzuordnen, so läßt er sich soweit nicht einem Presseprivileg gleichstellen. Außerdem - und darauf zielt Carters zweite Feststellung - müßte ein Presseprivileg - wie jedes andere Privileg - in Zwischenverfahren und Hauptverhandlung gleichermaßen anwendbar sein. Daß das

1 Vgl. 35 N.Y.U.L.Rev. 1111 (1119 f.).
2 So Fletcher Moulton, L.J., [19o6] 1 K.B. 4o3 (418).
3 [1937] 2 K.B. 69o (C.A.).
4 a.a.O., S. 7o3.

für das in Plymouth Mutual Cooperative and Industrial Society, Ltd. v. Traders' Publishing Association entwickelte "Privileg" nicht zutrifft, macht eine irische Entscheidung O'Brennan v. Tully[1] noch deutlicher, als das obiter dictum, auf das sich Carter bezieht: Ein Zeitungsherausgeber weigerte sich in der Hauptverhandlung selbst, den Verfasser eines Leserbriefes beleidigenden Inhalts namentlich bekanntzugeben und war deshalb wegen contempt of court verurteilt worden. Das Gericht räumte ein, daß er zur Aussageverweigerung berechtigt gewesen wäre, wenn man ihm die Frage im Vorverfahren gestellt hätte. Die Möglichkeit einer unterschiedlichen Entscheidung in Zwischenverfahren und Hauptverhandlung wurde also ausdrücklich anerkannt[2]. Dieses Urteil wäre nicht möglich gewesen, wenn es sich bei der Sonderbehandlung der Journalisten im Zwischenverfahren um ein Privileg im eigentlichen Sinne gehandelt hätte. O'Brennan v. Tully bindet zwar die englische Rechtsprechung nicht, ist aber für sie keineswegs ohne Bedeutung, wie später in Attorney-General v. Clough[3] anerkannt wird.

Der Auffassung, das englische Recht habe dem Journalisten im Prozeß besondere Schweigerechte gegeben, muß schließlich auch die neuere Entwicklung des englischen Rechts seit 1949 entgegengehalten werden. Denn die damals auf Vorschlag des Porter Committee on the Law of Defamation geschaffene O. 82, r. 6 der R.S.C. gibt das Recht, in interrogatories die Identität der Informanten geheimzuhalten, nicht nur den wegen libel verklagten Journalisten, sondern wieder schlechthin allen, die we-

---

1 (1935), 69 I.L.T. 115.
2 Vgl. hierzu Lee, 16 No.Ire.L.Q. 79 (86).
3 [1963] 1 Q.B. 773 (785, 792).

gen Ehrverletzung verklagt werden[1]. Diese Bestimmung lautet:

"In an action for libel or slander where the defendant pleads that the words or matters complained of are fair comment on a matter of public interest or were published on a privileged occasion, no interrogatories as to the defendant's sources of information or ground of belief shall be allowed."

Nach Carter[2] liegt in ihrer allgemeinen Formulierung sogar eine konkludente Zurückweisung der Auffassung, Zeitungsverleger (oder gar Journalisten allgemein) seien im Prozeß besonders geschützt. Es läßt sich jedoch nicht feststellen, ob das Porter Committee eine solche Zurückweisung beabsichtigt hatte[3].

---

1 Und zwar trotz aller Bedenken, die manche Richter früher gegen eine Einschränkung der Offenbarungspflicht in solchen Fällen geäußert hatten. Vgl. Scrutton, L.J., in Lyle-Samuel v. Odhams,Ltd., [1920] 1 K.B. 135 (143 f.): "If one approached the question unfettered by authority, it seems to me that on principle there would be a great deal to be said for allowing the name of the informant to be asked in a case like the present ... The informant may be a person who has been convicted of perjury, or a well known libeller, who has frequently been cast in damages; he may be a person of such character that, if called as a witness, any jury would say that anyone who acted on that person's information deserved whatever happened to him. If the matter had been free from authority I should have thought that there was a great deal to be said for the proposition that the name of the informant was as relevant as the information which he gave, unless it could be said that there was sufficient public policy in allowing newspapers to make attacks on people without imposing any obligation on them to disclose the name of the person from whom the materials for those attacks were obtained to override what otherwise would seem to be a matter of principle."

2 35 N.Y.U.L.Rev. 1111(1121).

3 Der Report des Committee on the Law of Defamation, Cmd. No. 7536, §§ 182-188 (1949) gibt hierzu keine Anhaltspunkte.

Ob Journalisten als Zeugen im Prozeß besondere Vorrechte in Form eines Privilegs genießen, ist damit insoweit noch ungeklärt. Als vorläufiges Ergebnis ist festzuhalten, daß die anfangs zitierten Ausführungen Wigmores irreführend sein können und offensichtlich auch zu Mißverständnissen geführt haben. Aus der Rechtsprechung zu libel-Klagen läßt sich jedenfalls spätestens seit der R.S.C.O. 82, r.6 eine bevorzugte Stellung der Journalisten nicht mehr herleiten. Die neuere Rechtsprechung hat aber inzwischen zur weiteren Klärung des Problems beigetragen. Auf sie ist im folgenden noch einzugehen.

II. Die Rechtsprechung in anderen Fällen

Keine der noch zu erörternden Entscheidungen ist aus Zivilprozessen hervorgegangen. Sie stellen aber bisher die einzigen dar, in denen englische Richter zu einem Aussageverweigerungsrecht für Journalisten Stellung nehmen mußten. Es soll geprüft werden, ob diese Rechtsprechung zu allgemeinen Feststellungen berechtigt. Dabei sind allerdings die folgenden drei Fälle auszuklammern:

1889 hatte die Parnell Kommission[1] den Geschäftsführer der "Times", der dort als Zeuge auftrat, während eines Kreuzverhörs aufgefordert, die Namen der Verfasser bestimmter Zeitungsartikel zu nennen. Er weigerte sich anfangs und erklärte, die Kommission sei nicht berechtigt, von den Direktoren und Herausgebern der "Times" Auskunft über die Namen der Mitarbeiter zu verlangen oder zu erzwingen. Denn es genüge, wenn jene für den in der Zeitung veröffentlichten Text rechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten. Die Kommission ließ die-

1 Vgl. dazu die Times vom 2o.2.1889, S. 6, Kolumnen 3-6, sowie McGuiness v. The Attorney-General of Victoria (194o), 63 C.L.R. 73 (1o3 f.).

se Begründung aber nicht gelten und lehnte ein Privileg für den Zeugen ab. Das kann nicht als ein leitender Präzedenzfall angesehen werden, da die Kommission auf Grund eines Sondergesetzes, des Special Commission Act von 1888, tätig war. Dieser versagte nämlich allen Zeugen, vor der Kommission die Aussage unter Berufung auf irgendein Privileg zu verweigern[1].

Auch der "Bahama Island Fall"[2] ist nicht einschlägig: Ein im "Nassau Guardian" veröffentlichter anonymer Brief hatte das Verhalten des Oberrichters der Bahama Inseln kritisiert. Die Kritik hätte ihrer Art nach Gegenstand einer Klage wegen Ehrverletzung (libel) werden können. Eine solche Klage wurde jedoch nicht erhoben. Stattdessen forderte man den Redakteur des "Nassau Guardian", der auch Herausgeber der Zeitung und Eigentümer des Unternehmens war, auf, vor dem Oberrichter in dessen Amtszimmer[3] zu erscheinen. Der Oberrichter verlangte, ihm den Verfasser des veröffentlichten Briefes zu nennen und das Original des Briefes auszuhändigen. Als der Redakteur sich weigerte, wurde er vor Gericht geladen. Dort wurde er unter anderem wegen contempt of court zu einer Geldstrafe, ersatzweise zu Freiheitsentzug verurteilt. Auf seine fortgesetzte Weigerung hin wurde die Freiheitsstrafe schließlich vollzogen[4]. Der Vorfall gelangte vor den Rechtsausschuß des Privy Council, der entschied, daß die Weigerung des Verlegers keinen contempt of court begründe und daß es kein Präjudiz gebe, aus dem man eine Aussagepflicht für ihn herleiten könnte.

Da die Entscheidung ohne Begründung blieb, untersuchte

---

1 Vgl. Lee, 16 No.Ire.L.Q. 79(86 f.).
2 In the Matter of a Special Reference from the Bahama Islands, [1893] A.C. 138.
3 "In chambers" werden richterliche Geschäfte wahrgenommen, die außerhalb der Gerichtssitzung erledigt werden können.
4 Weitere Einzelheiten ergeben sich aus den IPI Survey No. 6 (1962): Professional Secrecy and The Journalist, S. 163 f.

das International Press Institute 1962, ob damit ein zunächst begrenztes Recht des Journalisten auf den Schutz seines Berufsgeheimnisses anerkannt sei[1]. In England[2] erklärte man dazu, der Rechtsausschuß des Privy Council habe die dem Redakteur auferlegte Strafe nur deshalb aufgehoben, weil weder die Identität des Informanten noch das Original des Briefes zum Beweis des contempt of court notwendig gewesen seien[3]. Die Darlegungen des Rechtsausschusses, die man auf den ersten Blick so verstehen könnte, als werde damit eine besondere Regel zum Schutze des Journalisten aufgestellt, grenzten tatsächlich nur ab, was unter den besonderen Umständen des Falles die Rechte und Pflichten jedes Staatsbürgers seien[4].

---

1 Vgl. IPI Survey No. 6, S. 164.

2 a.a.O., S. 164 f. wird ein "prominenter Londoner Anwalt" zitiert.

3 a.a.O., S. 164: "All the evidence of the contempt sought to be established against him was available to the court in the form of the newspaper in which the letter was published - and was not and could not be disputed. For the purposes of the proceedings as they were brought, neither the identity of the writer of the letter nor the manuscript of it was material or necessary evidence."

4 Der Standpunkt, daß der Journalist gegenüber dem gewöhnlichen Staatsbürger im Prozeß keinen besonderen Schutz genießt, wird 1914 auch in Arnold v. The King Emperor of India (1914), 3o T.L.R. 462(468) betont: "Their lordships regret to find that there appeared on the one side in this case the time-worn fallacy that some kind of privilege attaches to the profession of the Press as distinguished from the members of the public. The freedom of the journalist is an ordinary part of the freedom of the subject, and to whatever lengths the subject in general may go, so also may the journalist, but, apart from statute law, his privilege is no other and no higher. The responsibilities which attach to his power in the dissemination of printed matter may, and in the case of a conscientious journalist do, make him more careful; but the range of his assertations, his criticism, or his comments is as wide as, and no wider than that of any other subject." Ebenso Colquhoun, zitiert im IPI Survey No. 6, S. 168.

1958 hatte ein "Tribunal of Inquiry"[1] über die in der englischen Presse aufgestellten Behauptungen zu ermitteln, daß man unzulässigerweise Informationen über eine im Dezember 1957 beabsichtigte Erhöhung der Diskontsätze weitergegeben und von den verfrühten Enthüllungen zum Zwecke privaten Gewinns Gebrauch gemacht habe. Hier gaben die als Zeugen vernommenen Journalisten nach anfänglicher Weigerung ihre Informationsquellen bekannt, da der Richter darauf bestand. Es brauchte daher auch hier nicht über ein Privileg für journalistische Berufsgeheimnisse entschieden zu werden.

Dazu kam es erst im Jahre 1963 in Attorney-General v. Clough[2] und Attorney-General v. Mulholland[3]. In beiden Fällen stützten die englischen Richter ihr Urteil auf Grundsätze, die ein australisches Gericht bereits in McGuinness v. The Attorney-General of Victoria[4] entwickelt hatte. Die Ergebnisse dieser Entscheidung sollen deshalb einer Auseinandersetzung mit der englischen Rechtsprechung vorangestellt werden. In dem australischen Fall hatte ein Zeitungsherausgeber selbst einige Artikel geschrieben, die ungenannte Mitglieder des Parlaments von Victoria beschuldigten, Bestechungsgelder angenommen zu haben. Als er sich vor einer wegen dieser Behauptungen von der Regierung eingesetzten Untersuchungskommission weigerte, seinen Informanten bekanntzugeben, verurteilte ihn der Supreme Court of Victoria zu einer Geldstrafe[5]. Im Berufungsverfahren vor dem High Court of Australia machte der Verfasser unter anderem geltend, daß Journalisten auf Grund eines beruflichen Privilegs

---

1 Eingesetzt auf Grund der Tribunals of Inquiry Act von 1921.
2 [1963] 1 Q.B. 773.
3 [1963] 2 Q.B. 477. Enthält auch: Attorney-General v. Foster. Beide Journalisten, Mulholland und Foster, wurden zusammen vernommen.
4 (194o), 63 C.L.R. 73.
5 Auf Grund von Sec. 17 des Evidence Act von 1928 (Victoria).

berechtigt seien, Aussagen über ihre Informationsquellen zumindest soweit zu verweigern, als es sich um vertraulich mitgeteilte Tatsachen handele. Er berief sich dabei auf die von der englischen Rechtsprechung in Pressebeleidigungsverfahren entwickelten Grundsätze. Dennoch bestätigte der High Court die Entscheidung des Supreme Court. Er lehnte ein Privileg für Journalisten ab: Die für das Zwischenverfahren in libel-Prozessen entwickelten Grundsätze fänden keine Anwendung, wenn der Journalist die Aussage in der Hauptverhandlung verweigere. Darum handelte es sich hier aber. Zur Begründung führte Rich, J., aus:

"It is true that in the process of interrogatories and discovery of documents before the trial of an action of libel, courts of common law have exercised a statutory discretion as to what they shall allow by refusing to compel a newspaper defendant to say who wrote the libel or where the newspaper got the information on which the libel is founded. But that depends on special considerations affecting liability for defamation and the discretionary nature of discovery. It is quite a different thing to claim protection on the hearing of a suit or trial of an action for a witness able to state relevant facts because he obtained knowledge of the facts confidentially as an editor or journalist."[1]

Diese Ausführungen bestätigen das Ergebnis der vorhergegangenen Untersuchung, nämlich, daß sich die Befürworter eines journalistischen Privilegs nicht auf die Rechtsprechung in Pressebeleidigungsverfahren berufen können[2]. Das australische Gericht lehnte ein derartiges Privileg

1 63 C.L.R. 73(87). Die Unterstreichung findet sich nicht im Originaltext. Sie dient hier lediglich der Hervorhebung.

2 Ähnlich äußerte sich im gleichen Fall (63 C.L.R. 73 (1o4)) Dixon, J.:"...it is not a rule of evidence but a practice of refusing in an action of libel against the publisher, etc., of a newspaper to compel discovery of the name of his informants. It "rests not on a principle of privilege but on the limitation of discovery", to quote the comment of Professor Wigmore..."

überhaupt ab: Die Presse sei - abgesehen von bestimmten bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen - vor Gericht nicht mehr und nicht weniger privilegiert als jeder andere Staatsbürger[1]. Dieser Gedanke dringe auch gegenüber dem Hinweis auf die Standespflichten des Zeitungsgewerbes durch. Abgesehen von den wenigen Fällen, in denen höhere öffentliche Interessen nach einem besonderen Privileg verlangt hätten[2], gelte die unanfechtbare Regel, daß trotz Ehrenverpflichtungen und Schweigepflichten, die sich aus der Natur bestimmter beruflicher Tätigkeiten ergäben, im Zeugenstand die Wahrheit gesagt werden müsse[3]. Zwar wäre es für Herausgeber und andere Journalisten bei der Suche nach Neuigkeiten hilfreich, wenn sie ihren Informanten versichern könnten, daß deren Namen nicht in einem möglichen, späteren Prozeß durch Zeugniszwang aufgedeckt würden. Dieses Argument allein könne aber ein Presseprivileg nicht stützen, weil die gleiche Erwägung wahrscheinlich für eine große Zahl anderer beruflicher Tätigkeiten gleichermaßen zutreffe[4].

Mit ähnlicher Begründung hat auch Carter in seiner bereits erwähnten Untersuchung ein Presseprivileg zugunsten des Journalisten abgelehnt[5]. Statt jedoch in diesem Zusammenhang den wirtschaftlichen Hintergrund der Pressetätigkeit zu betonen, hätte man auch die öffentliche Funktion der Presse berücksichtigen sollen. Dabei hätte man an die Ausführungen Buckleys in Adam v. Fisher an-

---

1 63 C.L.R. 73(92).
2 Zum Beispiel im Verhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Klienten und - in Australien - auch zwischen Arzt und Patient, Geistlichen und Beichtenden (siehe oben 1. Teil, 1. Abschnitt, B und C, III).
3 Dixon, J., 63 C.L.R. 73(1o2 f.).
4 Rich, J., 63 C.L.R. 73(87).
5 35 N.Y.U.L.Rev. 1111(1123): "...the promises [of secrecy to the informant] are made to facilitate the gathering of news. Gathering news is an integral part of a journalist's trade. The journalist pursues his trade for largely economic reasons. In this he is not different from the average citizen."

knüpfen können. Derartige Überlegungen fehlen aber in der australischen Entscheidung ganz. Auch Carter geht nicht darauf ein.

Die beiden schon genannten englischen Entscheidungen haben dagegen diesen Gesichtspunkt nicht unberücksichtigt gelassen. Sie sind im Zusammenhang mit der Vassall-Affaire ergangen, haben also denselben Hintergrund: Am 21. Oktober 1962 wurde ein Angestellter der Admiralität namens Vassall wegen Spionagetätigkeit auf Grund des Official Secrets Act von 1911 zu einer langjährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Das Innenministerium veranlaßte in dieser Sache die Einsetzung eines Untersuchungstribunals, für dessen Verfahren der Tribunals of Inquiry (Evidence) Act von 1921 Anwendung finden sollte. Danach konnte der High Court jede Person bestrafen, die vor dem Tribunal ohne rechtlichen Grund ihre Aussage verweigert hatte. Den Entscheidungen liegt konkret folgender Sachverhalt zugrunde: Vor dem Untersuchungstribunal sollten jeweils Journalisten über ihre Informationsquellen für die von ihnen zur Vassall-Affaire verfaßten Berichte aussagen; doch alle beriefen sich auf ein Presseprivileg. Sie begründeten es zum Teil damit, daß sich eine bevorzugte Stellung der Presse bereits aus anderen Sonderrechten ergebe, die ihr das englische Recht gewähre. Weiterhin stützten sich die Journalisten - wie es schon im australischen Fall geschehen war - auf die englische Rechtsprechung in Pressebeleidigungsfällen. Darüber hinaus machte man in Attorney-General v. Mulholland[1] geltend:

Erstens, da den Journalisten eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber seinen Informanten treffe, sei es unehrenhaft, die Informationsquellen bekanntzugeben. Zweitens, die

1 [1963] 2 Q.B. 477(482).

Journalisten seien einander dazu verpflichtet, künftige Aussichten auf Erlangung von Informationen nicht zu gefährden. Wenn bekannt sei, daß ein Journalist seine Informationsquellen offenbaren müsse, würde er in Zukunft nur schwer Informationen erlangen können. Drittens, mit der Bekanntgabe würden die Journalisten ihre eigene Stellung gefährden. Viertens, man lehne eine Aussage auch aus standesethischen Gründen ab. Schließlich wurde vorgebracht, daß es nicht den Interessen der Allgemeinheit entspreche, wenn Journalisten gezwungen werden könnten, ihre Informanten zu nennen: "To do so strikes at the liberty of the press. The press is the watchdog of the public. It cannot exercise its functions if it cannot secure information ... The police do not disclose the sources of their information."[1]

Alle diese Überlegungen konnten jedoch nach Ansicht der Richter ein Presseprivileg nicht ausreichend begründen. Sie beriefen sich auf McGuinness v. The Attorney-General of Victoria und bestätigten die australische Entscheidung[2]. Lord Parker, C.J., lehnte es in Attorney General v. Clough ab, bereits aus dem Recht, bei Verfahren in Ehestreitigkeiten oder bei Verhandlungen der Jugendgerichte anwesend zu sein und darüber berichten zu können, sowie aus weiteren Vorrechten nach dem Public Bodies (Admission to Meetings) Act von 1960, dem Copyright Act von 1956 und dem Defamation Act von 1952 eine

---

1 [1963] 2 Q.B. 477 (482).

2 Vgl. Lord Parker, C.J., in [1963] 1 Q.B. 773 (793): "Not only do I treat that decision [McGuinness v. The Attorney General of Victoria] as most persuasive authority, but I confess that I should hesitate very long if in a matter which pertained to the common law of England, this country should differ, unless it had to, with another Commonwealth Country. It is surely of importance, to say the least, that the common law should develop homogeneously throughout the Commonwealth."

besondere Stellung des Journalisten herzuleiten, die ihn für immer von seiner Aussagepflicht befreie[1]. Was die Rechtsprechung zu den Pressebeleidigungsfällen anbetrifft, so stellt der Richter in Übereinstimmung mit der australischen Entscheidung fest, daß Presseverleger und Journalisten dort stets nur im Zwischenverfahren die Aussage berechtigterweise verweigern konnten. Die Gründe dafür ergäben sich aus den Besonderheiten dieses Verfahrens:

"As I have said, this principle has been applied only in the reported cases in interlocutory matters, and when confined to that, it is fully understandable, because in interlocutory proceedings the whole essence of the question is whether it is proper and necessary at that stage that certain matters should be disclosed and the court has a discretion in the matter, and that has nothing to do with what may ultimately have to be ordered or required at the trial itself."[2]

Lord Parker ging außerdem auf das ein, was Buckley, L.J., in diesem Zusammenhang ausführte: Wäre es haltbar, daß das öffentliche Interesse eine besondere Behandlung der Presse verlange, so müsse das nicht nur für das Zwischenverfahren, sondern auch für die Hauptverhandlung selbst zutreffen. Buckleys Auffassung werde sich jedoch in der Rechtsprechung kaum durchsetzen können[3].

In Attorney-General v. Mulholland leitete auch Lord Denning den bisher in England anerkannten Geheimnisschutz für die Presse nur aus den verfahrensrechtlichen Besonderheiten bei libel-Klagen her[4]. Im Ergebnis stimmen beide Richter darin überein, daß in Spionagefällen das öffentliche Interesse die Offenlegung der Informa-

1 [1963] 1 Q.B. 773(789).
2 [1963] 1 Q.B. 773(79o). Die Unterstreichung dient hier nur der Hervorhebung und findet sich nicht im Originaltext.
3 [1963] 1 Q.B. 773(789).
4 [1963] 2 Q.B. 477(491 f.).

tionsquellen der Journalisten fordere. Lord Denning begründete seine Entscheidung mit folgenden Überlegungen:

"I think it plain that in this particular case it is in the public interest for the tribunal to inquire as to the sources of information. How is anyone to know that this story was not a pure invention, if the journalist will not tell the tribunal its source? Even if it was not invention, how is anyone to know it was not the gossip of some idler seeking to impress? It may be mere rumour unless the journalist shows he got it from a trustworthy source. And if he has got it from a trustworthy source (as I take it on his statement he has, which I fully accept), then however much he may desire to keep it secret, he must remember that he has been directed by the tribunal to disclose it as a matter of public duty, and that is justification enough."[1]

Ob das englische Recht im übrigen ein Presseprivileg gewährt, soll der Richter nach Ansicht Lord Dennings ebenso wie in den übrigen Fällen besonderer Vertrauensbeziehungen (etwa der zum Geistlichen, Bankier oder Arzt) in freier Ermessensausübung nach Lage des Einzelfalles entscheiden:

"The judge will respect the confidences which each member of these honourable professions receives in the course of it, and will not direct him to answer unless not only it is relevant but also it is a proper and, indeed, necessary question in the course of justice to be put and answered. A judge is the person entrusted, on behalf of the community, to weigh these conflicting interests - to weigh on the one hand the respect due to confidence in the profession and on the other hand the ultimate interest of the community in justice being done or, in the case of a tribunal such as this, in a proper investigation being made into these serious allegations. If the judge determines that the journalist must answer, then no privilege will avail him to refuse."[2]

---

1 [1963] 2 Q.B. 477 (491 f.).
2 [1963] 2 Q.B. 477(489).

III. Kritik der neueren Rechtsprechung

1. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit

Den in Attorney-General v. Clough und Attorney-General v. Mulholland gefällten Entscheidungen ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn in Spionagefällen muß das Interesse des Staates an einer Offenbarung der Informationsquellen gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Journalisten oder seines Informanten den Vorrang haben. Dies ist aus Gründen der Staatssicherheit geboten. Es befriedigt jedoch wenig, daß die Entscheidung für ein Presseprivileg dem richterlichen Ermessen im Einzelfall anheimgestellt wird. Denn nimmt man z.B. an, daß ein Journalist in einem libel-Verfahren erst in der Hauptverhandlung selbst aussagen soll, so ist heute für ihn - wie für andere berufliche Geheimnisträger außer dem Anwalt - völlig offen, ob er aussagen muß oder ob er sich auf ein Privileg berufen kann, ohne Gefahr zu laufen, wegen contempt of court bestraft zu werden[1]. Der bestehende Rechtszustand in England bringt daher für den Journalisten eine beträchtliche Rechtsunsicherheit mit sich. Dies wird auch von englischen Autoren gesehen. Tapper[2] setzte sich daher unter dem Eindruck der Rechtsprechung zur Vassall-Affaire dafür ein, die Frage eines Privilegs für Journalisten gesetzlich zu regeln:

"There is an increasing tendency in the modern law of evidence to leave everything to the judges. It is suggested that in the law of evidence, perhaps more than in any other branch of the law it is essential that justice be seen to be done. This will be impossible unless the rules are readily accessible and clearly stated. Every effort should be made to make all relevant evidence admissible. The creation of a

---

1 Vgl. den oben im 1. Teil, 1. Abschnitt, D, I, erwähnten Fall O'Brennan v. Tully (1935), 69 I.L.T. 115.

2 26 M.L.R. 571.

new and undefined exclusionary discretion seems a step in the wrong direction."[1]

2. Die Beweislast in libel-Prozessen

In libel-Verfahren, in denen ein Zivilgericht wohl am ehesten über ein Presseprivileg zu entscheiden hat[2], läßt sich dieses nicht mit der Begründung ablehnen, es müsse überprüft werden, ob der Journalist über wahre Tatsachen berichte oder nur Gerüchte weitergebe. Denn gleich, ob es um den Beweis der Wahrheit der veröffentlichten Behauptungen geht oder darum, ob er sich auf fair comment berufen kann, stets trifft die Beweislast hierfür den beklagten Journalisten oder Verleger. Dieser trägt also, wenn er den Nachweis nicht mit Hilfe seines Informanten erbringen will und die Aussage über seine Informationsquelle verweigert, regelmäßig auch den Nachteil seiner Weigerung. Hier kann es also auf die genannten Gesichtspunkte gar nicht ankommen.

Die Anerkennung eines Presseprivilegs wird auch nicht dazu führen, daß die Presse mit seiner Hilfe erfolgreiche Klagen wegen Pressebeleidigung überhaupt verhindern kann[3]. Die Beweislastregelung sorgt dafür, daß die Verantwortlichkeit der Presse in keiner Weise gemindert wird. Die Forderung, die Informationsquellen der Presse bekanntzugeben, hätte hier also letzten Endes nur zur Folge, daß der Richter die Einhaltung berufsethischer Grundsätze durch die Journalisten beaufsichtigte. Das sollte aber besser Disziplinarausschüssen der Presse vorbehalten

1 26 M.L.R. 571 (574).
2 Vgl. O'Brennan v. Tully (1935), 69 I.L.T. 115.
3 Dieses wurde in den Vereinigten Staaten ausdrücklich verneint. Vgl. Brogan v. Passaic Daily News (1956), 22 N.J. 139; Beecroft v. Point Pleasant Printing & Publishing Co. (1964), 82 N.J. Super. 269.

bleiben[1].

IV. Gründe für ein Presseprivileg

Die Ausnahmesituation des Mulholland-Falles enthob die Richter davon, sich mit den Argumenten auseinanderzusetzen, mit denen der Journalist Mulholland einen Schutz der Vertrauensbeziehungen zwischen der Presse und ihren Informationsquellen geltend machte. Das soll hier abschließend zur Klärung des eigenen Standpunktes geschehen. Insbesondere ist zu untersuchen, auf welche Weise sich ein Presseprivileg in das System des geltenden englischen Rechts einfügen ließe.

1. Berufsethische Forderungen

Das Vorbringen, der Journalist sei einer bestimmten Person gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet und ein Bruch dieser Verschwiegenheitspflicht sei ehrenrührig oder berufsethische Grundsätze legten ihm eine Verschwiegenheitspflicht auf, gründet sich auf die in England früher anerkannte "point of honour doctrine"[2]. Seitdem die-

---

1 Wohl auch, um dieses zu fördern, hat man in England vorgeschlagen, einen Vermittler zwischen dem Gericht und dem Journalisten zu schaffen, eine Art Ombudsmann, der das Vertrauen beider Seiten genießt. Diesem sollte der Journalist ohne Furcht vor etwaigem "Zeugniszwang" seine Informationsquellen offenbaren können. Der Vermittler sollte sich selbst davon überzeugen, ob das Gericht der Aussage des Journalisten und der Angabe seiner Informationsquelle bedürfe und sollte den Journalisten entsprechend beraten. Doch soll nach diesem Vorschlag die Entscheidung, ob er seinen Informanten geheimhalten und die Konsequenzen tragen will, letztlich beim Journalisten liegen (Vgl. Rose, zitiert in: The Law and the Press (1965), S. 4).

2 Vgl. Drobile, 32 Temp.L.Q. 432(436): die "Code-of-ethics theory" sei ein modernes Gegenstück der "point of honour doctrine".

se Lehre im Duchess of Kingston's Trial aufgegeben worden ist, hat sie sich in England niemals mehr Geltung verschaffen können[1]. Es ist daher nicht anzunehmen, daß ein Journalist seine Aussageverweigerung hiermit erfolgreich begründen könnte[2].

2. Erwerbswirtschaftliche Gesichtspunkte

Gleiches gilt für die Ausführungen Mulhollands, ein Journalist gefährde mit seiner Aussage über die Identität seines Informanten die Aussicht anderer, Informationen zu erlangen, oder riskiere, wegen Verletzung seiner Schweigepflicht die Stellung zu verlieren. Dahinter steht das Interesse, die wirtschaftliche Grundlage seines Berufes zu schützen. Einen solchen Schutz lehnte aber schon Rich, J., in McGuinness v. The Attorney-General of Victoria ab[3]. Da dieses Urteil in England allgemeine Billigung fand, werden wahrscheinlich auch englische Richter, stellte man sie vor diese Frage, nicht anders entscheiden. Solange man die Interessen der Presse rein wirtschaftlich versteht, muß man Carter darin folgen, daß der Beruf des Journalisten sich nicht von dem anderer Bürger unterscheidet und daher keines besonderen Schutzes bedarf. Bei dieser Betrachtungsweise wird aber übersehen, daß der Journalist im Rahmen seiner erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Öffentlichkeit verpflichtet

1 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, A.
2 In den Vereinigten Staaten ist die Rechtsprechung sogar so weit gegangen, daß sie einerseits wegen der Veröffentlichung der Behauptung, ein Reporter habe das Vertrauen seines Informanten mißbraucht, einer libel-Klage stattgegeben hat (vgl. Tyron v. The Evening News Association (1878), 39 Mich.Rep. 636 (640)), sie andererseits aber die Wahrheitsfindung vor Gericht berufsethischen Grundsätzen vorangestellt hat (vgl. D'Alemberte, 6 Harv. J. Legis. 307).
3 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, D, II.

ist: Die Presse ist nicht nur Wirtschaftsunternehmen, sondern auch Informations- und Meinungsbildungsinstrument der Öffentlichkeit.

3. Analogie zum Privileg für das Polizisten-Informanten-Verhältnis

Diese beiden Funktionen erlauben es auch nicht, ein Privileg für das Journalisten-Informanten-Verhältnis aus einer Analogie zu dem in England privilegierten Polizisten-Informanten-Verhältnis herzuleiten: Die Polizei muß die ihr zugegangene Information unter Berücksichtigung aller Umstände vorsichtig prüfen und hat sie grundsätzlich geheimzuhalten. Nur unter sehr beschränkten Umständen kann sie davon Gebrauch machen, nämlich dann, wenn eine Rechtsverfolgung nötig und es dieser dienlich ist. Dagegen sind Veröffentlichungen der Presse über das von einem Informanten Mitgeteilte grundsätzlich nicht durch rechtliche Erwägungen begrenzt. Außerdem spielen bei einer Verbreitung der Information auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle. Man hat sich deshalb zu Recht auf den Standpunkt gestellt, daß ein Grundsatz, der der staatlicherseits vorgenommenen Rechtsverfolgung dient, nicht ohne weiteres auf die von Privatleuten betriebene Aufdeckung bestimmter Mißstände übertragen werden kann[1].

4. Die Informationsfreiheit der Presse

Dem Argument, daß die Pflicht, Informanten bekanntzugeben, die Freiheit der Presse beeinträchtige, könnte es an der nötigen Überzeugungskraft fehlen, weil die Pressefreiheit in England keinen verfassungsrechtlichen

1 So Tapper, 26 M.L.R. 571(573); vgl. auch Kohlhaas, NJW 1958, 41 ff.

Schutz genießt. Sie ist aber, wie Lord Devlin in neuerer Zeit betonte, tatsächlich gesichert: "The real guarantee of the freedom of the Press in Britain is the belief held by men in power that, however irritating at times they may find it to be, its freedom is necessary to a good society. This belief really exists."[1]

Die Pressefreiheit - in diesem Zusammenhang verstanden als die Freiheit zur ungehinderten Veröffentlichung von Informationen - besteht aber nicht um der Presse selbst willen. Vielmehr ist man heute der Ansicht, daß sie in erster Linie der Öffentlichkeit dient[2]. Hieraus ergibt sich, daß der erwerbswirtschaftliche Aspekt journalistischer Tätigkeit für die Frage, wie weit man die Presse schützen will, nur von zweitrangiger Bedeutung sein kann. Primär gilt es, ihre Funktion für die öffentliche Meinungsbildung zu erhalten und zu sichern[3]. Das setzt voraus, daß die Presse ungehindert neue Informationen erlangen kann. Zwänge man die Journalisten, vor Gericht die Namen ihrer Informanten bekanntzugeben, so könnten in Zukunft viele Informanten aus Furcht, durch ihr Bekanntwerden Nachteile zu erleiden, zögern, der Presse Mitteilungen zu machen, oder dieses sogar ganz unterlas-

---

1 "The Observer" vom 5.1o.1969, S. 6. In diesem Sinne ist auch Goodhart, Wash. U.L.Q. 1964, 248(251) zu verstehen, wenn er Odgers, Libel and Slander, (6th Ed. 1929), S. 12, zitiert: "Our present law permits anyone to say, write and publish what he pleases; but if he makes a bad use of this liberty, he must be punished."

2 Lord Devlin, a.a.O.; das meinen auch Guest und Stanzler, 64 Nw.U.L.Rev. 18(28), wenn sie feststellen, daß das Journalisten-Informanten-Verhältnis nicht schon um seiner selbst willen schutzwürdig ist.

3 Vgl. hierzu für den anglo-amerikanischen Rechtskreis: Beytagh, 61 Mich.L.Rev. 184.

sen[1]. Ließe die Rechtsprechung die Aussageverweigerung der Presse aus diesem Grunde zu, so würde sie damit einen institutionellen Schutz für die Presse selbst anerkennen. Darauf zielt das Vorbringen des Zeugen in Attorney-General v. Mulholland ab. Auch in den anderen hier erörterten Fällen haben die Zeugen zum Ausdruck gebracht, daß sie das Privileg als Ausformung eines solchen Schutzes verstehen.

Ein Individualgeheimnisschutz - wie ihn die Anerkennung eines Privilegs für andere berufliche Vertrauensbeziehungen ermöglichte - käme für das Journalisten-Informanten-Verhältnis demnach nicht in Betracht. Dafür hat sich - in Form eines Schutzes des Informanten - nur Carter eingesetzt. Er meint, es sei im öffentlichen Interesse erforderlich, daß Informanten ihre Mitteilungen an die Presse im Vertrauen auf die Geheimhaltung ihrer Identität machen können. Die Möglichkeit eines Zeugniszwanges gegenüber Journalisten beeinträchtige dieses Vertrauen[2]. Carters Auffassung erklärt sich daraus, daß er die Tätigkeit der Presse nur unter erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet und auf die öffentliche Aufgabe der Presse gar nicht eingeht. Sie hat sich aber, soweit ersichtlich, in England nicht durchgesetzt. Daß ein der Presse gewährter Schutz sich auch auf Berichte beziehen kann, die sich nicht durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen lassen, sondern ohne Rücksicht auf die Qualität ihres Inhalts nur um eines größeren geschäftlichen Gewinnes willen, muß in Kauf genommen werden. Die Berichterstattung unter dem Gesichtspunkt ihrer Bedeutung,

1 Mit diesem Argument setzt man sich neuerdings auch in den Vereinigten Staaten für einen Presseschutz in Form eines Privilegs ein. Bisher ist er dort lediglich in 18 von 5o Bundesstaaten vorgesehen. Vgl. den Bericht von Metzner in der Frankfurter Rundschau v. 21.2.1973.

2 35 N.Y.U.L.Rev. 1111(1124).

Richtigkeit und Güte zu kontrollieren, bleibt eine Frage beruflicher Disziplin. Sie bietet keinen Grund für eine Beschränkung der Pressefreiheit.

Würde man ein Presseprivileg anerkennen, so wäre also zunächst zu entscheiden, ob damit der Journalist oder sein Informant geschützt ist[1]. In jedem Fall aber ergäben sich praktische Schwierigkeiten. Schützte das Privileg den Informanten, so müßte der Journalist, der etwa im Zwischenverfahren Auskunft geben oder in der Hauptverhandlung als Zeuge aussagen soll, den Namen des Geschützten meistens doch bekanntgeben. Denn kein Gericht würde einem Zeugen erlauben, sich auf ein zugunsten eines anderen bestehendes Privileg zu berufen, ohne daß die Identität dieser Person geklärt ist[2]. Schützte das Privileg den Journalisten, so könnte er geltend machen, die Information sei ihm vertraulich gegeben worden, obwohl zwischen ihm und dem Informanten gar kein Vertrauensverhältnis begründet worden ist oder der Informant gar nicht existiert. Im letzten Fall könnte das Gericht allerdings versuchen, sich von der Richtigkeit der Behauptung des Zeugen in gleicher Weise zu überzeugen, wie dieses in einem Fall geschieht, in dem der Zeuge sich auf das privilege against self-incrimination beruft[3]. Es gibt in England auch schon ein Beispiel für ein Privileg, das einer Person gewährt wird, die - wie der Journalist - die Information erhält. Sec. 3 des Evidence (Amendment) Act von 1853 hatte das Privileg für Mitteilungen unter Ehegatten dem Ehepartner gewährt, an den die Mitteilung gerichtet war[4].

---

1 Siehe hierzu Drobile, 32 Temp.L.Q. 432(434).
2 So muß der Anwalt, wenn er sich auf das legal professional privilege berufen will, stets den Namen seines Klienten bekanntgeben. Vgl. Lord Esher in Bursill v. Tanner (1885), 16 Q.B.D. 1.
3 Vgl. R. v. Boyes (1861), 1 B. & S. 311.
4 Sec. 16(3) des Civil Evidence Act von 1968 hat diese Vorschrift - soweit es um Zivilprozesse geht - aufgehoben.

Als bis jetzt noch geltender Rechtszustand in England ist aber festzuhalten, daß ein Journalist - wie jeder andere berufliche Geheimnisträger - als Zeuge in Zivilprozessen nur so weit privilegiert ist, als er sich auf ein bereits anerkanntes Privileg, etwa auf das privilege against self-incrimination, berufen kann.

E. Andere berufliche Privilegien

Außer den bis jetzt erörterten Berufsgruppen haben sich auch Psychiater[1], konzessionierte Buchprüfer[2], bevollmächtigte Persevanten[3] und - in Kanada - Sozialarbeiter[4] wegen eines beruflich begründeten Vertrauensverhältnisses auf ein Privileg berufen. Diesen und auch den Bankiers[5] hat man ein solches Recht ebenfalls noch nicht zuerkannt. Wie die folgenden Fälle zeigen, gab die Rechtsprechung auch hier nicht ihre ablehnende Haltung gegenüber einer Einschränkung der Wahrheitsfindung zugunsten eines Individualgeheimnisschutzes auf.

---

1 Nuttall v. Nuttall and Twyman (1964), 1o8 S.J. 286 (C.A.).

2 Chantrey Martin & Co. v. Martin, [1953] 2 Q.B. 286 (C.A.).

3 Slade v. Tucker (188o), 14 Ch.D. 824. Ein Persevant ist Beamter des Herald's College und hat die Personen zu beraten, die sich gegen bestimmte Eintragungen in ihren Stammbäumen wenden.

4 Re Kryschuk v. Zulynik (1958), 14 D.L.R. (2d) 676 (Sask.Magis.ct.).

5 Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1 K.B. 461 (473,479,484), (C.A.) (obiter). Eine Ausnahme läßt allerdings der Banker's Book Evidence Act von 1879 zu, wenn es sich um einen Prozeß nur zwischen Dritten handelt: "A banker or other officer of a bank shall not, in any legal proceedings, to which the bank is not a party, be compellable to produce any banker's book the contents of which can be proved under this Act, or to appear as a witness to prove the matters, transactions and accounts therein recorded, unless by order of a judge made for special cause."

I. Für den Psychiater

In Nuttall v. Nuttall and Twyman[1] lud ein Ehemann in einem Ehescheidungsstreit einen Psychiater als Zeugen, den die beklagte Ehefrau und der mitbeklagte Ehebrecher konsultiert hatten. Als der Anwalt des Ehemannes den Psychiater vernahm, weigerte dieser sich unter Berufung auf sein Berufsgeheimnis, über die Gespräche mit den Beklagten Auskunft zu geben. Sein Einspruch wurde aber vom Divorce Commissioner[2] verworfen, und der Psychiater sagte daraufhin aus.

Aus der Fundstelle geht nicht hervor, worüber der Psychiater aussagen sollte. Es bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder stand der Geistes- oder Gemütszustand der Ehefrau in Frage, so daß Gegenstand der Zeugenvernehmung deren diagnostischer Befund war, oder aber der Kläger wollte mit bestimmten Geständnissen den Beweis des Ehebruchs erbringen. Das Law Reform Committee, das sich in seinem 16. Report bei der Erörterung eines ärztlichen Privilegs auch mit der Situation des Psychiaters beschäftigte, war grundsätzlich bereit, im letztgenannten Fall ein Privileg für diesen anzuerkennen[3]: In Fällen, in denen der Geisteszustand einer Person beweiserheblich sei, müsse stets eine gerichtliche Kontrolle über die Richtigkeit der Diagnose möglich sein. Die genannten Fälle seien jedoch nicht klar zu trennen, weil sie regelmäßig voneinander abhingen. Daher schlug das Komitee vor, es auch hier dem richterlichen Ermessen zu überlassen, ob Psychiater überhaupt privilegiert werden sollen.

---

1 (1964), 1o8 S.J. 6o5.

2 Zur Aufgabe und Stellung des Divorce Commissioner vgl. Cohn, Das Reich des Anwalts (1949), S. 13 f.

3 16. Report, § 51, S. 22. Vgl. Sec. 8 der Evidence Act von Neuseeland aus dem Jahre 19o8: Dort wird grundsätzlich ein ärztliches Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt, aber ebenfalls eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß der Geisteszustand des Patienten in Frage steht.

Für den Fall Nuttall v. Nuttall and Twyman nimmt das Law Reform Committee an, daß über den Geisteszustand der Patientin des Psychiaters Beweis erhoben werden sollte: Anderenfalls hätte der Court of Appeal die Entscheidung des Divorce Commissioners aufgehoben, wenn der Psychiater bei seiner Aussageverweigerung geblieben wäre[1].

II. Für Buchprüfer

In Chantrey Martin & Co. v. Martin[2] klagte eine Firma konzessionierter Buchprüfer gegen einen ihrer Angestellten wegen Vertragsbruchs, weil er das Beschäftigungsverhältnis grundlos ohne Kündigung beendet habe. Der Beklagte meinte, die Firma habe ihn zu Unrecht entlassen: Er habe bei der Buchprüfung für eine Handelsgesellschaft, die Kundin seiner Firma sei, in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft Unregelmäßigkeiten festgestellt, die die Firma trotz seines Hinweises nicht habe berichtigen wollen. Deshalb habe er sich geweigert, die ihm übertragene Prüfung zu beenden, was zu seiner Entlassung geführt habe. Zum Beweis seiner Angaben verlangte der Beklagte die Vorlage bestimmter Urkunden, die die Klägerin bei der Abschlußprüfung der fraglichen Geschäftsbücher angefertigt hatte. Die Klägerin lehnte dies unter anderem mit der Begründung ab, daß sie damit ihre Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Kundin verletzen würde. Sie wurde dennoch zur Vorlage verurteilt: "Outside the area of legal professional privilege, which is not in question here, we do not think that this is a sufficient ground for refusing an order for production."[3]

---

1 16. Report, § 51, S. 22.
2 [1953] 2 Q.B. 286 (C.A.).
3 [1953] 2 Q.B. 286(293 f.).

Nach Ansicht des Richters können dritten Personen gegenüber bestehende Verschwiegenheitspflichten die Bekanntgabe der für einen Rechtsstreit bedeutsamen Tatsachen und Urkunden grundsätzlich nicht ausschließen[1].

Chantrey Martin & Co. v. Martin wird in der Literatur und Rechtsprechung allgemein als Präjudiz dafür angeführt, daß Buchprüfer auf Grund eines beruflichen Privilegs nicht aussageverweigerungsberechtigt sind. Darüber hinaus ist das Urteil für den Rechtsvergleich besonders bemerkenswert, weil es, soweit ersichtlich, als einziges in Betracht zieht, ob einer materiellrechtlich begründeten Schweigepflicht - mangels strafrechtlicher Sanktionen für den Bruch von Schweigepflichten kämen hier nur zivilrechtliche Maßnahmen in Form von Schadensersatzansprüchen in Betracht[2] - ein prozessuales Aussageverweigerungsrecht entsprechen muß.

III. Für Sozialarbeiter

Der bis heute herrschende Grundsatz des Common Law, daß die Wahrheitsfindung dem Schutz von Berufsgeheimnissen

---

1 Unter Berufung auf Bray, On Discovery, den er folgendermaßen zitiert ([1953] 2 Q.B. 286 (293 f.)): "The mere fact that the giving of the discovery will involve a breach of confidence as against some third person or in any way affect or prejudice his interests does not constitute of itself an independent objection of giving the discovery, a disclosure under the compulsion of the court being for this propose distinguished from a voluntary disclosure out of court."

2 Vgl. das Urteil in Fogg v. Gaulter & Blane (1960), 110 L.J. 718, das einen Schadensersatzanspruch dafür gewährte, daß eine Buchprüfungsfirma vertrauliche Daten bekanntgegeben hatte. Zu diesem Problem siehe auch Edwards, 110 L.J. 714.

vorgeht, gilt auch für Sozialarbeiter[1]. Zwar entschied man in dem kanadischen Fall Re Kryschuk v. Zulynik[2], daß der Sozialarbeiter zur Berufung auf ein Privileg berechtigt war, doch handelte es sich dabei um eine Ausnahme, die schon im Zusammenhang mit den Privilegien für Arzt und Priester behandelt worden ist: nämlich den Fall eines Privilegs für "without prejudice" geführte Verhandlungen[3]. In Re Kryschuk v. Zulynik hatte der Sozialarbeiter nicht - wie in den anderen bisher behandelten Fällen - zwischen Eheleuten vermittelt; er war vielmehr Vermittler zwischen der Mutter eines unehelichen Kindes und dessen mutmaßlichen Vater gewesen. In einem späteren Unterhaltsprozeß sollte er über deren Verhandlungen aussagen, verweigerte aber das Zeugnis. Das Ge-

---

1 Auch das BVerfG hat es in einem neueren Urteil (NJW 1972, 2214 ff.) abgelehnt, ein Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter im Strafprozeß mangels gesetzlicher Regelung in § 53 I StPO aus der Verfassung direkt abzuleiten. Einer seiner Gründe müßte auch zu einer Ablehnung eines Zeugnisverweigerungsrechts nach § 383 I Nr. 5 ZPO führen, da beide verfahrensrechtlichen Regelungen in diesem Punkte von vergleichbaren Voraussetzungen ausgehen. Das BVerfG erklärte, daß der Bürger zwar auch als Klient des Sozialarbeiters in die Lage geraten könne, Angelegenheiten seiner Privatsphäre in offener und vorbehaltsloser Aussprache zu erörtern, doch sei diese Vertrauensbeziehung nicht typischerweise auf die Erwartung gegründet, der Sozialarbeiter werde Tatsachen aus der Privatsphäre seines Betreuten gegenüber jedermann in der Regel verschweigen. Eine solche Erwartung sei mit dem Berufsbild des Sozialarbeiters nicht verbunden; a.A.: OLG Köln, Bl. der Wohlfahrtspflege 1960, 294; LG Berlin, SFJ 1967, 1. Siehe hierzu Becker, MDR 1967, 793 (794 f.)). Das BVerfG kann seine Entscheidung darauf stützen, daß das Berufsbild des Sozialarbeiters bis heute noch nicht klar umrissen ist. Man kann daher annehmen, daß das Ergebnis unter dem Vorbehalt der Schaffung einer allgemeinen Berufsordnung und berufsständischen Vereinigung der Sozialarbeiter steht.

2 (1958), 14 D.L.R. (2d) 676 (Sask.Magis.Ct.).

3 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, V, 2.

richt stand hier also vor dem Problem, ob die in McTaggart v. McTaggart entwickelte Regel, daß Verhandlungen privilegiert seien, die zerstrittene Eheleute in Gegenwart eines Vermittlers geführt haben, auch Anwendung finden kann, wenn zwischen nicht verheirateten Eltern eines Kindes vermittelt wird. Dieses bejaht das Gericht und betont nochmals in Übereinstimmung mit der schon dargestellten englischen Rechtsprechung, daß es sich dabei nicht um ein "eigenes" Privileg des Sozialarbeiters handelt:

"The Department representative[1] has no privilege of his own from disclosure any more than anyone else. The proposed evidence to be given by the Department Officer must be objected by one or other of the two parties concerned; providing they both or one of them objects, then the evidence would not be admissible because the law favours reconciliation and settlements, and the Court will not take on itself a course, which could be so prejudicial to its success."[2]

IV. Das Privileg für Patentanwälte: eine echte Ausnahme?

Ein berufliches Privileg steht heute in England außer den Barristers und Solicitors nur noch Patentanwälten zu. Darauf soll abschließend eingegangen werden, weil sich dadurch vielleicht die Vermutung erhärten läßt, daß der Grund für eine Sonderbehandlung des Anwalt-Klienten-Verhältnisses außerhalb des Individualgeheimnisschutzes zu suchen ist.

Sec. 15 des Civil Evidence Act von 1968 sieht vor, daß Kommunikationen zwischen einem Patentanwalt und seinem Klienten oder zwischen einem von ihnen und einem Dritten im Zivilprozeß nicht der allgemeinen Zeugnispflicht unterliegen, wenn sie wegen eines schwebenden oder beabsich-

1 Gemeint ist das Departement of Social Welfare and Rehabilitation.
2 14 D.L.R. (2d) 676(679).

tigten Verfahrens nach den Patents Act von 1949 vor einem Comptroller im Patentamt oder dem Patent Appeal Tribunal stattfanden[1]. Der Wortlaut dieser Regel, der sehr an die für das legal professional privilege aufgestellten Grundsätze erinnert, legt schon die Annahme nahe, daß der Gesetzgeber damit keine selbständige Ausnahme schaffen wollte[2]. Vielmehr sah er sie, wie sich aus dem 16. Report des Law Reform Committee ergibt, als eine notwendige Ergänzung zum Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen an[3]. Und zwar aus folgenden Gründen: Einerseits werden Patentanwälte in England nicht der Kategorie der "professional legal adviser" zugeordnet. Diese ist streng auf Barristers und Solicitors beschränkt. Andererseits können aber die Patentanwälte die Verfahren vor dem Patentamt und dem Patent Appeal Tribunal ohne Vermittlung eines Solicitors führen, da

---

1 Für Kommunikationen, die ein schwebendes oder beabsichtigtes Verfahren vor dem High Court betreffen, greift das legal professional privilege ein.

2 Sec. 15 des Civil Evidence Act von 1968:
"(1) This section applies to any communication made for the purpose of any pending or contemplated proceedings under the Patents Act 1949 before the comptroller or the Appeal Tribunal, being either -
(a) a communication between the patent agent of a party to those proceedings and that party or any other person; or
(b) a communication between a party to those proceedings and a person other than his patent agent made for the purpose of obtaining, or in response to a request for, information which that party is seeking for the purpose of submitting it to his patent agent. ...
(2) In any legal proceedings other than criminal proceedings a communication to which this section applies shall be privileged from disclosure in like manner as if the proceedings mentionned in the foregoing subsection had been proceedings before the High Court and the patent agent in question had been the Solicitor of the party concerned.
..."

3 Vgl. § 24, S. 11. Die Möglichkeit eines Privilegs für Patentanwälte war schon in Moseley v. Victoria Rubber Co. (1886), 3 R.P.C. 351 in Betracht gezogen worden.

es sich dabei um keine Verfahren vor dem High Court handelt. Ihre Position ist dort also vergleichbar mit der eines Solicitors in den County Courts.

Hielt das Law Reform Committee aber einen Schutz für Patentanwälte deshalb für angebracht, weil er auch den Solicitors bei der Wahrnehmung entsprechender Aufgaben zusteht, so wird damit noch einmal deutlich, daß sich der Schutzzweck des Privilegs aus den Besonderheiten der vom beruflichen Geheimnisträger wahrgenommenen Aufgabe ergibt. Es bestätigt sich also, daß wir die Erklärung für das legal professional privilege nicht in einem Vertrauens- und Geheimnisschutz allein, sondern aus der besonderen Funktion des Anwaltsberufes herleiten müssen. Das soll im nächsten Abschnitt näher erläutert werden.

2. Abschnitt: Besonderer Schutzzweck des Privilegs auf Grund von Anwaltsbeziehungen

A. Policy considerations in Rechtsprechung und Literatur

Im Geltungsbereich des common law hat man die Sonderstellung des legal professional privilege, die sich aus dem Rechtsprechungsüberblick im ersten Abschnitt ergibt, wie folgt begründet: Englische Entscheidungen weisen im allgemeinen darauf hin, daß das Privileg einen uneingeschränkten und vorbehaltslosen Verkehr zwischen dem Anwalt und seinem Klienten gewährleisten soll[1]. Dem entspricht im wesentlichen Wigmores Ansicht, das Privileg schütze die subjektive Freiheit des Klienten zur Konsultation von Rechtsberatern[2].

Nach einer neueren kanadischen Entscheidung, Susan Hosiery v. The Minister of National Revenue[3], hat das Privileg verschiedene Schutzzwecke. Die Unterscheidung knüpft an folgendes an: Einerseits, ob es sich um schriftliche oder mündliche Kommunikationen vertraulicher Art zwischen dem Klienten und seinem Anwalt handelt, die sich auf eine Rechtsberatung oder auf sonstigen rechtlichen Beistand außerhalb eines Prozesses beziehen; andererseits, ob es um Tatsachenmaterial geht, das zur Vorbereitung des Anwalts für einen beabsichtigten oder bereits stattfindenden

1 So z.B. Lord Longdale in Reece v. Trye (1846), 9 Beav. 316(319): "The unrestricted communication between parties and their professional advisers has been considered of such importance as to make it advisable to protect it even by the concealment of matter without the discovery of which the truth of the case cannot be ascertained." Vgl. auch Wheeler v. Le Marchant (1881), 27 Ch.D. 675; Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644(649).

2 §§ 2291; 2295, S. 565.

3 [1969] 2 Ex.C.R. 27.

Prozeß dienen soll. Das Gericht meinte: Im ersten Fall liege dem Privileg die Erwägung zugrunde, daß eine erfolgreiche Rechtsberatung einen freien Gedankenaustausch zwischen Anwalt und Mandanten voraussetze. Es müsse daher ausgeschlossen sein, daß ein Dritter das Erörterte oder Teile davon in einem Prozeß als Beweis gegen den Mandanten zu dessen Nachteil verwendet. Im zweiten Fall sei ein Privileg deshalb erforderlich, weil sich das adversary system darauf stütze, daß der Anwalt in der Lage sei, seine Prozesse unbehindert vorzubereiten. Eine ungestörte Prozeßvorbereitung sei aber nicht gesichert, wenn sich eine Partei mit Mitteln des Zwischenverfahrens Unterlagen aus den Akten des gegnerischen Anwalts verschaffen könne[1].

B. Die eigene Deutung des Schutzzwecks

Die Erklärung, auf die sich die englische Rechtsprechung überwiegend beschränkt, und auch Wigmores Ausführungen legen nahe, das legal professional privilege als ein Privileg zum Schutze eines Vertrauensverhältnisses zu klassifizieren. Nach Russell v. Jackson[2] erklärt sich das Privileg jedoch nicht aus einem dem Anwalt von seinem Mandanten entgegengebrachten Vertrauen selbst, sondern aus der Wahrnehmung der Interessen, auf die sich dieses Vertrauen erstreckt. Das deutet darauf hin, daß man die policy considerations des legal professional privilege konkreter beschreiben kann, wenn man die Interessen des Klienten und die Rolle näher bestimmt, die der Anwalt bei deren Wahrnehmung spielt. Wie in der kanadischen Entscheidung geschehen, sind demnach zwei Fälle zu unterscheiden:

---

1 [1969] 2 Ex.C.R. 27 (33 f.).
2 (1851), 9 Hare 387(391); siehe dazu oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, V, 2.

I. Erster Fall: Der Schutz bei der Rechtsberatung

In der Rechtsberatung will der Mandant von seinem Anwalt z.B. erfahren, wie er ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft wirksam abschließen oder wie er einen gegen ihn geltend gemachten Anspruch erfolgreich abwehren kann. Sein Interesse an der Beratung beschränkt sich aber nicht darauf. Denn - im Gegensatz etwa zum Verhältnis zwischen Arzt und Patient oder zwischen Priester und Beichtendem - ist der Gegenstand der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant niemals ein höchstpersönlicher in dem Sinne, daß sich die erörterten Fragen allein auf den Mandanten beziehen. Vielmehr haben sie regelmäßig zugleich auch einen Bezug zu gegenwärtigen oder zu zukünftigen Rechten Dritter. Es geht also dem Mandanten stets auch darum, sich durch die Rechtsberatung eine möglichst große Sicherheit zu verschaffen, so daß Konflikte, die nach dem Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte entstehen können und die in Form eines Prozesses ausgetragen werden müßten, vermieden werden. Zumindest will er für den Fall, daß es zu einem Rechtsstreit kommt, eine möglichst günstige Rechtsposition innehaben.

Die Funktion des Anwalts ist also hier mit dem Begriff Rechtsberatung nur ungenügend umschrieben. Vielmehr soll der Anwalt die Rechtsposition seines Mandanten schon in diesem Stadium sichern und schützen. Solange es nicht zum Prozeß gekommen ist, erfüllt er diese Aufgabe nicht nur in der Weise, daß er Rat und Auskunft erteilt, sondern auch dadurch, daß er das ihm Anvertraute verschweigt. Soll er in einem späteren Prozeß als Zeuge über den Inhalt der Beratung aussagen, so würde er damit seine Funktion in Frage stellen. Das gilt sowohl für den Fall, daß sein Mandant an dem Rechtsstreit als Partei beteiligt ist, als auch für den Fall, daß der Prozeß nur zwischen

Dritten stattfindet. Denn dadurch, daß der Gegner oder ein Dritter von dem Gegenstand der Beratung erfährt, entsteht oder erhöht sich für den Mandanten ein Prozeßrisiko. Grund für ein Privileg muß also auch im Falle der Rechtsberatung sein, daß eine solche Folge vermieden wird.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß ein Mandant, der seinen Anwalt "nur" zur Rechtsberatung aufsuche, zunächst gar nicht an die Führung eines Rechtsstreits denke und daß sich deshalb das Privileg für solche Fälle allein aus dem zwischen Anwalt und Mandant begründeten Vertrauen erklären müsse. Hier wird übersehen, daß - solange man nur die interne Beratung zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten betrachtet[1] - das Privileg gar nicht relevant wird. Auf dieses kommt es nur im Zusammenhang mit einem Prozeß an, in dem der Inhalt der Beratung beweiserheblich ist. Auch bleibt unbeachtet, daß die Beratung sich regelmäßig auf Rechte und Pflichten des Mandanten bezieht, die durch die Zeugenaussage des ihn beratenden Anwalts in irgendeiner Weise berührt werden, sei es in dem gerade stattfindenden oder in einem zukünftigen Prozeß[2].

---

1 Soweit allerdings steht allein der Vertrauensschutz in Frage: Doch stellt sich in England das Problem nur in Form von Schadensersatzansprüchen aus Vertrag - und evtl. aus tort - wegen Verletzung einer bis jetzt durch die Rechtsprechung noch nicht bestätigten Verschwiegenheitspflicht des Anwalts; strafrechtliche Sanktionen sieht das englische Recht nicht vor.

2 Diesen Aspekt hebt auch das Law Reform Committee in seinem 16. Report, § 19, S. 9 hervor:
"It is, of course, true that in many matters on which a client consults his solicitor he does not expect litigation and certainly hopes that it will not occur; but there would be no need for him to consult his solicitor to obtain legal advice unless there were some risk of litigation in the future in connection with the matter upon which advice is sought. As Lord Brougham pointed out, it is to minimize that risk by ensuring that he so conducts his affairs as to make it reasonably certain that he would succeed in any litigation which might be brought in connection with them, that the client consults his solicitor at all."

Der Schutz, den das Privileg gewährt, muß also über die Sicherung des zwischen Anwalt und Mandant bestehenden Vertrauens hinausgehen. Denn wird ein Anwalt vernommen, der als Rechtsberater vom Gegenstand der Vernehmung erfahren hat, aktualisiert sich dasjenige Schutzinteresse des Mandanten, das bei der Konsultation selbst nur sekundäre Bedeutung hatte: nämlich ein Prozeßrisiko zu vermeiden oder möglichst gering zu halten.

II. Zeiter Fall: Der Schutz bei der Prozeßführung

1. Die gegenseitigen Aufklärungspflichten der Parteien

Vertraut der Mandant dem Anwalt, der ihn bei einem bereits anhängigen oder beabsichtigten Prozeß vertreten soll, Tatsachen an, besteht von vornherein ein konkretes Geheimhaltungsinteresse. Dieses Interesse und damit auch die Aufgabe des Anwalts, der es wahrnimmt, lassen sich näher bestimmen, wenn man an die beweisrechtliche Situation des Mandanten vor und während der Hauptverhandlung anknüpft.

Als Partei hat der Mandant bereits im Zwischenverfahren[1], das dem vorbereitenden Verfahren folgt und vor der Hauptverhandlung liegt, weitgehende Aufklärungspflichten; sie ergeben sich aus den Zwecken des Zwischenverfahrens: Es soll den Prozeß von vornherein auf die streitigen Punkte

---

1 Eine Übersicht über das englische Zivilprozeßverfahren findet sich bei Garland, Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozeßreform (1930), S. 11 ff. (18); Curti, Englands Zivilprozeß (1928), S. 34 ff. (69 ff., 91 ff.); Schmitthoff, JZ 1972, 38 ff.; Zum Zwischenverfahren siehe insbesondere Langan, Civil Procedure and Evidence, S. 133 ff.; Zur Geschichte der Discovery-Regeln: Millar, Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective, S. 201 ff.

konzentrieren[1] und der beweisbelasteten Partei die Beweisführung erleichtern, insbesondere wenn ihr diese nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand gelingen kann[2]. Eine Partei kann daher in diesem Prozeßstadium ihren Gegner zu einem Eingeständnis, zumindest aber dazu auffordern, bestimmte Fragen zu beantworten; außerdem hat sie das Recht, bestimmte Urkunden einzusehen. So kann durch eine notice to admit[3] an den Gegner eine Aufforderung zum Eingeständnis z.B. in den Fällen ergehen, in denen er allein über das von der Partei benötigte Beweismaterial verfügt. Reagiert er darauf nicht, so muß er die gesamten Ermittlungskosten tragen[4].

Im Rahmen der discovery by interrogatories kann eine Partei ihrem Gegner eine Liste mit vom Master genehmigten Fragen vorlegen lassen, die der Gegner ebenfalls schriftlich durch affidavit, d.h. unter Eid, beantworten muß[5].

Die discovery of documents schließlich ermöglicht jeder Partei, für den Prozeß bedeutsame Urkunden, welche ihr Gegner in mittelbarem oder unmittelbarem Besitz hat, einzusehen und von ihnen eine Abschrift herzustellen[6].

---

1 Denn der Streitfall soll möglichst schon vor der mündlichen Verhandlung abgeklärt werden. So Curti, Englands Zivilprozeß, S. 69; vgl. dazu auch Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß (1967), S. 271.

2 Vgl. Bruns, Zivilprozeßrecht, § 29 I 1 c, S. 24o f.

3 R.S.C. 1965, O. 27, r. 2(1); siehe auch R.S.C. 1965, O.27, r.5(1) f.: Eine notice to admit ergeht weiterhin auch dann, wenn eine Partei von ihrem Gegner eine Erklärung über die Echtheit einer Urkunde verlangt.

4 R.S.C. 1965, O. 62, r.3(5); siehe dazu: Cohn, Festschrift für Fritz von Hippel (1967), S. 53; sowie: Langan, Civil Procedure and Evidence, S. 143.

5 R.S.C. 1965, O. 26, rr.1-8; vgl. dazu Curti, a.a.O., S. 7o, 91; Peters, Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozeßrechtsreform (19o8), S. 2o ff.

6 R.S.C. 1965, O. 24, rr. 1-17; siehe dazu auch Cross, On Evidence, S. 495 ff.

Bis 1964 mußte sie dieses Verfahren stets beantragen[1]. Heute ist die discovery of documents im wesentlichen "automatisch"[2], das heißt, die R.S.C. 1965 O. 24, r. 2 verpflichten die Parteien, sich gegenseitig nach Abschluß des Schriftwechsels ohne weitere gerichtliche Anordnung alle in ihrem Besitz oder in ihrer Verfügungsmacht befindlichen Urkunden vorzulegen[3]. Auch heute noch fordert aber die Partei ihren Gegner ausdrücklich zur Urkundenvorlage auf, wenn sie von ihm in der Hauptverhandlung bestimmte Urkunden sehen will (a notice to produce)[4]. Auf Antrag hin ordnet das Gericht selbst die Vorlage von Urkunden an, wenn der Gegner seiner discovery-Pflicht nicht nachkommt[5] oder er den Verbleib einer bestimmten Urkunde nachweisen soll[6]. Befindet sich die Urkunde im Besitz eines Dritten, so kann dieser unter Strafandrohung durch subpoena duces tecum aufgefordert werden, vor Gericht zu erscheinen und die Urkunde mitzubringen[7].

In der Hauptverhandlung schließlich hat jede Partei nicht nur das Recht, sich selbst vernehmen zu lassen. Sie ist grundsätzlich zur Aussage verpflichtet, wenn der Anwalt des Prozeßgegners sie vernimmt[8].

---

1 Das ältere Verfahren wird bei Curti, Englands Zivilprozeß, S. 92 f., dargestellt.
2 So Bruns, Zivilprozeßrecht, S. 347, Fn. 55, und Langan, Civil Procedure and Evidence, S. 133 f.
3 Nach R.S.C. 1965 O. 24, r. 2(7) hat dabei jede Partei auf Verlangen ihres Gegners eidlich zu versichern, daß die vorgelegten Urkunden das gesamte Material darstellen, das erheblich und vorhanden ist. Für nicht vorgelegte Urkunden muß sie den Grund des Fehlens angeben.
4 R.S.C. 1965 O. 27, r. 5 (4); siehe dazu Cross, On Evidence, S. 499 ff.
5 R.S.C. 1965 O. 24, r. 3 (2).
6 R.S.C. 1965 O. 24, r. 7.
7 R.S.C. 1965 O. 38, r. 14 ff.; siehe dazu Langan, a.a.O., S. 173.
8 Vgl. Cohn, Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 54; Garland, Englische Rechtsprobleme, S. 3o f.

2. Die Einschränkung der Aufklärungspflichten durch das legal professional privilege

An sich ermöglichen die umfangreichen gegenseitigen Aufklärungspflichten der Partei zu ermitteln, was zwischen ihrem Gegner und dessen Anwalt schriftlich oder mündlich erörtert oder was an schon vorher existierenden Dokumenten ausgetauscht wurde. Sei es, daß die Partei diese Kenntnis durch den Gegner selbst erlangen will, indem sie beantragt, ihr dazu ein Recht auf interrogatories zu bewilligen, oder indem sie ihr eine notice to admit oder to produce zustellen läßt; sei es, daß sie deren Anwalt zur Zeugenaussage oder durch subpoena duces tecum zur Vorlage der in seinen Besitz gelangten Urkunden seines Mandanten auffordert.

Wäre das zulässig, so müßten die Parteien auf eine gründliche Prozeßvorbereitung verzichten aus Furcht, der Gegner könne sich diese zunutze machen. Damit wäre ein geordneter Verfahrensablauf nicht mehr gesichert; denn im englischen Zivilprozeß obliegt es im wesentlichen den Parteien, die Hauptverhandlung vorzubereiten[1]. Insbesondere sind sie auch dafür verantwortlich, daß die Beweise erbracht werden und gelingen. So haben die Parteien, von ihrem Anwalt unterstützt, allein darüber zu entscheiden, welche Zeugen sie benennen und welche sonstigen Beweise sie erbringen wollen. Sie gestalten auch das Beweisthema selbst und sorgen dafür, daß nichts Unerhebliches vorgetragen wird. Über den Streit der Parteien soll so entschieden werden, wie beide ihn dem Gericht unterbreitet haben[2]. Richterliche Beweisbeschlüsse

---

1 Bruns, Zivilprozeßrecht, § 16 III 2, S. 118; Cohn, Erinnerungsgabe für Max Grünhut (1965), S. 37 f.

2 Vgl. Cohn, a.a.O., S. 35; derselbe, Das Reich des Anwalts, S. 34, mit Hinweis auf Sir Frederick Pollok: "Abgesehen von dem, was offenkundig ist, weiß das Gericht nichts, was die Parteien dem Gericht nicht formell vorgelegt haben."

kennt das englische Recht nicht[1]. Dies alles ist Ausdruck des "adversary system", das dem englischen Zivilprozeß als Verfahrensmaxime zugrunde liegt[2]:

"The theory of our adversary system of litigation is that each litigant is most effective in seeking, discovering and presenting the materials which will reveal the strength of his own case and the weakness of his adversary's case so that the truth will emerge to the impartial tribunal that makes the decision."[3]

Wollte man das adversary system erhalten, so mußte sowohl im Zwischenverfahren als auch in der Hauptverhandlung ein Auskunftsverweigerungsrecht und eine Einschränkung der Editionspflicht hinsichtlich des der Prozeßführung dienenden Beweismaterials als natürliche Ausnahme zu den sonst weitgehenden Aufklärungspflichten der Parteien anerkannt werden[4]. Das legal professional privilege hat sich demnach als Stütze des adversary system herausgebildet.

Dies bestätigt seine historische Entwicklung[5]. Sie macht deutlich, daß man das Privileg primär zum Schutz von Prozeßvorbereitungen entwickelt hat. Auch als die neuere

---

1 Der Richter kann von sich aus keine Zeugen berufen - es sei denn, die Parteien stimmten zu oder widersprächen ihm zumindest nicht; vgl. Re Enoch and Zaretzky, Bock & Co.'s Arbitration, [1910] 1 K.B. 327; Langan, Civil Procedure and Evidence, S. 174. Bis sich der Richter nach Abschluß der Beweisaufnahme und der Parteivorträge zur Rechtsfindung aktiv am Prozeßgeschehen beteiligt, übt er nur eine beaufsichtigende Tätigkeit aus; siehe dazu Cohn, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 37 f., und derselbe, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 41(50).

2 Cohn, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 35, spricht vom "Prinzip des Gegnertums im Verfahren".

3 So Morgan, Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation (1956), S. 3; vgl. auch das Vorwort von Morgan in: Model Code of Evidence, as adopted and promulgated by the American Law Institute (1942), S. 3; Sawer, Law in Society (1965), S. 72.

4 Vgl. heute R.S.C. 1965 O. 24, r. 5(2); O. 26, r.5.

5 Vgl. hierzu Wigmore, § 2294, S. 558 ff.

Lehre die point of honour doctrine abgelehnt hatte, hat man das Privileg zunächst ausschließlich in den Fällen anerkannt, in denen sich das vertrauliche Gespräch zwischen Anwalt und Mandant auf den gerade anhängigen Prozeß bezog. Diese Begrenzung hielt man bis Ende des 18. Jahrhunderts aufrecht. Dann erst wurde - wie bereits zu Beginn kurz aufgezeigt[1] - das Privileg stufenweise erweitert. Zunächst ließ man es in Fällen zu, in denen vertrauliche Gespräche stattgefunden hatten, die andere Prozesse als den gerade anhängigen betrafen. Dann wandten die Gerichte es auch auf Gespräche an, die im Hinblick auf einen beabsichtigten Prozeß geführt worden waren. Schließlich haben sie es ebenfalls dort anerkannt, wo die Parteien einen Rechtsstreit ohne Gerichtsverfahren schlichten wollten. Erst 1833 gab die Rechtsprechung diesen engen Schutzbereich des Privilegs in Greenough und Gaskell[2] auf: Erst seit dieser Zeit also schützt das Privileg alle Rechtsberatungen schlechthin.

III. Ergebnis

Als Stütze des adversary system dient das Privileg allein dem Schutze der Parteien. Es ist daher konsequent, wenn es nicht im Ermessen der Anwälte steht, ob sie aussagen wollen oder nicht, sondern nur dann aussagen dürfen, wenn ihr Mandant auf das Privileg verzichtet hat[3]. Denn das Recht der Anwälte, sich auf das Privileg zu berufen, folgt allein aus ihrer Funktion, das Gerichtsverfahren für die Parteien durchzuführen. Ihrem Beruf als

1 1. Teil, 1. Abschnitt, A, insbesondere S. 12.

2 1 Myl. & K. 98 (1o3): "If the privilege were confined to communications connected with suits begun, or intended or expected or apprehended, no one could safely adopt such precautions as might eventually render any proceedings successful, or all proceedings superfluous."

3 Vgl. Speed, 28 M.L.R. 18 (23); Phipson, On Evidence (197o), § 582, S. 248.

solchem kommt keine selbständige Bedeutung zu. Das bestätigt auch Lord Brougham in Greenough und Gaskell:

"The foundation of this privilege ... is not (as has sometimes been said) an account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professions, or any disposition to afford them protection..."[1].

Im Ergebnis kann also Susan Hosiery v. The Minister of National Revenue nicht darin gefolgt werden, daß der Schutzzweck des Privilegs verschieden ist, je nachdem, ob das Gespräch zwischen dem Anwalt und Mandanten eine Rechtsberatung oder eine Prozeßvertretung betrifft. Vielmehr besteht insofern nur ein gradueller Unterschied. Dieser ist bedingt durch die zeitliche Nähe,die das dem Anwalt vertraulich Mitgeteilte zum Prozeßgeschehen hat: In jedem Fall geht es darum, die unangemessene Folge zu vermeiden, daß sich die Rechtsposition des Mandanten verschlechtert, die er mit Hilfe des Anwalts zu verteidigen oder zu sichern suchte. Das würde aber geschehen, wenn Dritte mit Mitteln, die der Zivilprozeß bietet, Auskünfte über das mit dem Anwalt Erörterte erzwingen könnten. Der so gefundene funktionale Grund des legal professional privilege erklärt dessen Umfang und Grenzen[2]. Insbesondere läßt sich damit die Sonderstellung des Privilegs gegenüber anderen - möglichen - Privilegien begründen: Allein das Anwaltsprivileg ist notwendig, um das englische Verfahren zu sichern. Andere berufliche Privilegien wirken nicht derartig auf den Prozeß ein. Deshalb war es möglich, daß die grundsätzlich privilegfeindlichen englischen Richter deren Anerkennung bisher verhindern konnten.

---

1 1 Myl. & K. 98(1o3).
2 Das Law Reform Committee (16. Report, § 18, S. 9) spricht von einem "privilege in aid of litigation".

3. Abschnitt: Umfang und Schutzzweck der Zeugnisverweigerungsrechte nach § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO

A. Das geltende Recht

Der strikten Beschränkung, der sich das englische Recht bei der Anerkennung beruflicher Privilegien unterworfen hat, steht im deutschen Recht die Bestimmung des § 383 I Nr. 4 ZPO und die Generalklausel des § 383 I Nr. 5 ZPO gegenüber. Danach sind alle Inhaber einer durch Amt, Stand oder Gewerbe begründeten Vertrauensstellung, denen eine gesetzliche oder kraft Natur der Sache begründete Schweigepflicht obliegt, insoweit auch zeugnisverweigerungsberechtigt. Von der Generalklausel werden Beamte, Rechts- und Patentanwälte, Ärzte, Apotheker, Hebammen, Heilgehilfen, Diplompsychologen, Krankenschwestern und -pflegerinnen, Notare, Abschlußprüfer, Bankbeamte, öffentliche Vermessungsingenieure und Bedienstete von Krankenkassen erfaßt[1].

Anders als dem Anwalt im englischen Recht soll den von § 383 I Nr. 5 ZPO erfaßten Personen grundsätzlich selbst die Entscheidung darüber obliegen, ob sie von ihrem Recht, die Aussage zu verweigern, Gebrauch machen wollen[2]. Es wäre daher naheliegend, die Entscheidungsbefugnis jener Zeugen mit der Autorität ihres Amtes, Standes oder Gewerbes zu begründen und sie daher selbst als die durch

1 Vgl. z.B. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 B zu § 383 ZPO und Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. I 5 b zu § 383 ZPO. Die neuere Literatur hat insbesondere das Zeugnisverweigerungsrecht für Diplompsychologen diskutiert; vgl. Kaiser, NJW 1971, 491 (492); Schumacher, NJW 197o, 1945 (1949); Vogel, NJW 1972, 22o9 für Psychotherapeuten.

2 Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts (1963), S.84; so auch BGH, NJW 1963, 723 für § 53 I Nr. 3 StPO.

das Zeugnisverweigerungsrecht Geschützten anzusehen. Diesem Verständnis steht jedoch § 385 II ZPO entgegen. Danach sind die in § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO genannten Personen, wenn sie von ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind, zur Aussage verpflichtet. Man nimmt daher an, daß der durch das Zeugnisverweigerungsrecht Geschützte derjenige ist, dem gegenüber die Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht (d.i. der Vertrauensgeber oder Geheimnisherr)[1].

Ist aber der Vertrauensgeber der Geschützte, so erscheint die eigene Entscheidungsbefugnis des beruflichen Geheimnisträgers darüber, ob er aussagen will oder das Zeugnisverweigerungsrecht geltend macht, als eine Inkonsequenz des deutschen Rechts. Sie könnte sich daraus erklären, daß dessen beruflicher Stellung neben dem Schutz des Vertrauensgebers eine so große soziale Bedeutung beigemessen wird, daß man glaubte, ihm deshalb die selbständige Entscheidung nicht ganz nehmen zu können[2]. Eine genauere Untersuchung zeigt jedoch, daß eine eigene Entscheidungsbefugnis dieser Zeugen, soll sie im Bereich des rechtlich Zulässigen ausgeübt werden, kaum besteht. Denn dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO entspricht regelmäßig eine materiellrechtliche Schweigepflicht[3]. Soweit deren Verletzung im Fall des § 383 I Nr. 4 ZPO durch kirchenrechtliche Vorschriften und im Fall des § 383 I Nr. 5 ZPO durch § 3oo StGB sanktioniert wird, kann sich der Geheimnisträger, wenn er sich nicht strafbar machen will, nicht nach eigenem Gutdünken für eine Aussage entscheiden. Anderes

---

1 Vgl. OLG Darmstadt, JW 1928, 822 (823); Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 6 b zu § 383 ZPO.

2 Vgl. die etwas mißverständliche Formulierung des BayObLG NJW 1966, 1667 (1665): "Das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts findet seine Begründung in den Beziehungen des vom Gesetz wegen seines Standes privilegierten Zeugen zu seinem Mandanten."

3 Vgl. Lenckner, NJW 1965, 321 (322).

gilt nur, wenn ihm besondere Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen, wie etwa dem Arzt die Anzeige- und Meldepflichten aus § 138 StGB, § 12 GeschlKrankG und § 3 der Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten[1]. Andere, nicht durch § 3oo StGB erfaßte berufliche Geheimnisträger - wie etwa der Bankier - können sich, wenn sie gegen den Willen des Vertrauensgebers dessen Geheimnisse offenbaren, schadensersatzpflichtig machen. Eine Schadensersatzpflicht entfiele nur ausnahmsweise, wie zum Beispiel im Falle des § 175 AO für den Bankier.

Folgt also schon aus § 385 II ZPO eine erhebliche Begrenzung der Entscheidungsbefugnis des Geheimnisträgers, so bewirken strafrechtliche sowie zivilrechtliche Sanktionen weiterhin, daß er letztlich nur in Ausnahmefällen selbst entscheiden kann, ob er sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen soll[2]. Das von den durch § 383 I Nr. 5 ZPO erfaßten Geheimnisträgern geltend gemachte Zeugnisverweigerungsrecht ist damit auch nach deutschem Recht ausschließlich ein Recht der Vertrauensgeber: Unter dem Druck der möglichen Sanktionen kann der Zeuge es nicht nur geltend machen, er muß es regelmäßig.

I. § 383 I Nr. 4 ZPO: Schutz für Geistliche?

Wie schon angedeutet, haben auch geistliche Zeugen wegen der im kanonischen Recht oder in anderen Kirchenordnungen vorgesehenen Sanktionen keine Entscheidungs-

1 RGBl. 1928 I, S. 1721; die Befolgung der Zeugnispflicht selbst stellt nach heute allgemein anerkannter Auffassung keinen solchen Rechtfertigungsgrund dar, vgl. Schönke-Schröder, 16. Aufl., Randz. 14 zu § 3oo StGB.

2 Hierüber kann die Bezeichnung des beruflichen Zeugnisverweigerungsrechts als "ein verzichtbares Recht des Zeugen" (so Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. I zu § 383 ZPO) leicht hinwegtäuschen.

freiheit. Anders als andere berufliche Geheimnisträger brauchen sie jedoch gemäß Art. 9 des Reichskonkordats vom 2o.7.1933 entgegen dem Wortlaut des § 385 II ZPO auch dann nicht auszusagen, wenn sie der Beichtende von ihrer Schweigepflicht entbunden hat. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 4 ZPO stellt damit für katholische Geistliche ein absolutes, d.h. ein unabhängig vom Willen des Beichtenden geltend zu machendes Zeugnisverweigerungsrecht dar. Gleiches gilt seit einer Entscheidung des LG Fulda[1] auch für nicht katholische Geistliche[2]. Mit einem absoluten Zeugnisverweigerungsrecht hat man den Geistlichen ausdrücklich aus der Zwangslage befreit, in der er sich befinden konnte, wenn der Beichtende ihn entbunden hatte: nämlich entweder - da er nun der allgemeinen Zeugnispflicht unterlag - auszusagen und damit gegen das Kirchenrecht oder gegen eine Kirchenordnung zu verstoßen oder aber in Unterwerfung unter die Regeln der Kirche eine gerichtliche Sanktion für eine unberechtigte Zeugnisverweigerung zu tragen[3].

---

1 SJZ 195o, 826: "Wenn es auch durchaus zutrifft, daß die Bestimmungen des Reichskonkordats unmittelbar nur im Verhältnis zur katholischen Kirche Gültigkeit besitzen, so müssen sie doch auch für den Bereich der evangelischen Kirche in allen Fällen analoge Anwendung finden, die für die evangelische und katholische Kirche gleich oder zumindest ähnlich liegen. Das gebietet schon der Grundsatz der Parität, der aus der religiösen Neutralität des Staates fließt und dem deutschen Staatskirchenrecht seit der Weimarer Verfassung eigen ist." Vgl. auch Art. 144 der Bayerischen Verfassung; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 1 a zu § 383 ZPO.

2 Bestätigt durch LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1964, 513 (514). Vgl. auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 A zu § 353 ZPO und Lenckner, NJW 1965, 321 (322).

3 Auf diese problematische Lage des Geistlichen hat bereits in den Verhandlungen der Kommission des Reichstages der Abgeordnete von Forcade de Biaix hingewiesen, vgl. Hahn-Stegemann, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abtheilung, (188o), S. 626.

Schon bei der ersten Lesung des Entwurfs in der Kommission des Reichstages war beantragt worden, im Schlußsatz des § 338 ZPO (der dem heutigen § 385 II ZPO entspricht) die Ziffer 4 zu streichen. Man wollte damit eine Entbindung des Geistlichen von seiner Schweigepflicht ausschließen. Dagegen wurde aber geltend gemacht, mit der beanstandeten Vorschrift sei nicht gemeint, daß die Entbindung durch den Vertrauensgeber unbedingt ausreiche: "Es könne eine Entbindung nur dann, wenn sie nach dem für den einzelnen Fall zur Anwendung kommenden objektiven Recht wirksam ertheilt worden sei, berücksichtigt werden. Danach werde auch die Zulässigkeit einer Entbindung von der Wahrung des Beichtgeheimnisses zu beurteilen sein."[1] Folglich konkretisiert Art. 9 des Reichskonkordats nur eine von vornherein anerkannte Einschränkung der Entbindungsbefugnis. Der Gesetzgeber wollte also die Vertrauensgeber nach § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO grundsätzlich gleich behandeln. Schon deshalb ist die Auffassung, daß mit dem Schutz des Beichtgeheimnisses durch § 383 I Nr. 4 ZPO und Art. 9 des Reichskonkordats vor allem die Autorität des Priesteramtes betont werden solle, nicht haltbar[2]. Mit einem absoluten Zeugnisverweigerungsrecht für Geistliche werden zwar die Besonderheiten ihres Amtes berücksichtigt, doch geschieht dieses nicht um ihrer selbst willen. Vielmehr war beabsichtigt, der Bedeutung des Beichtgeheimnisses gerecht zu werden[3], das in erster Linie dem Beichtenden dient.

---

1 So v. Amsberg in den eben genannten Verhandlungen, vgl. Hahn-Stegemann, Materialien, S. 626.

2 So aber Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen (197o), S. 8o; früher auch schon Wach, Der Gerichtssaal, 66 (19o5), S. 1 ff.; a.A. zu Recht: Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 1 a zu § 383 ZPO: Nicht das Amt, sondern die Vertrauensstellung entscheide.

3 Vgl. Hahn-Stegemann, a.a.O., S. 312: "Die No. 4 des § 336 (heute § 383 I Nr. 4 ZPO) schützt das Beichtsiegel und die geistliche Amtsverschwiegenheit."

Hier ist nicht das Verständnis von der Funktion des eine Beichte abnehmenden Geistlichen von katholischer oder protestantischer Seite her zu vertiefen[1]. Vertreter beider Glaubensgemeinschaften werden darin übereinstimmen, daß die Beichte die geistliche Entwicklung des Gläubigen fördern soll. Für diesen ist die Beichte nicht Endstadium, sondern Hilfe und Voraussetzung[2]. Da die geistliche Entwicklung auf dem Boden der Vergebung der gebeichteten Sünden steht, verträgt sich damit nicht eine spätere Offenbarungspflicht des Geistlichen über den Gegenstand der Beichte. Ein "absolutes" Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen schützt also primär den Beichtenden selbst. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung auch darin, daß der Gesetzgeber in der endgültigen Fassung des § 383 I Nr. 4 ZPO statt des engen Begriffes des Beichtsiegels den weiteren der Seelsorge[3] gewählt hat[4].

---

1 Das untersucht Flor, MfPTh, 42. Jahrg. (1953), S. 14 ff.

2 Ähnlich James, Das Priestertum (1957), S. 231: "Wenn die Sünden erlassen sind, muß das geistliche Leben des Bußfertigen aufgebaut und gestärkt werden. Deshalb wird vom Priester verlangt, als Seelenführer jener zu handeln, die seine Dienste im Bußgericht suchen."

3 Zu deren Umfang und Grenzen: Vgl. OLG Nürnberg, FamRZ 1963, 260 m. Anm. von Bosch; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1964, 513. Dazu oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, V, 2; sowie Dallinger, JZ 1953, 433 (436); Flor, JR 1953, 368 (372); RG, SA 39, 91.

4 Der so verstandene Schutzzweck des § 383 I Nr. 4 ZPO rechtfertigt es, für Geistliche nicht staatlich anerkannter Religionsgemeinschaften ebenfalls das absolute Zeugnisverweigerungsrecht anzuerkennen. So auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 A zu § 383 ZPO; a.A. Zöller-Stephan, 10. Aufl., Anm. II 4 zu § 383 ZPO. Zum Umfang des Seelsorge-Begriffes siehe Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 1 zu § 383 ZPO; OLG Zweibrücken, SA 57, 474; RG, HRR 28 Nr. 1674; RG, SA 39, 91 und oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, V, 2, S. 43 f. Fn. 6.

II. Erfaßt § 383 I Nr. 5 ZPO auch Presseangehörige?

§ 383 I Nr. 5 ZPO bezieht Presseangehörige[1] nicht ausdrücklich in den Kreis zeugnisverweigerungsberechtigter Geheimnisträger ein. Sie könnten sich aber, wenn sie in einem Zivilprozeß als Zeugen ihre Informanten bekanntgeben sollen, auf die Generalklausel des § 383 I Nr. 5 ZPO berufen. Der Wortlaut dieser Vorschrift stünde dem nicht entgegen: Der Journalist nimmt eine berufsmäßige Stellung ein, derzufolge einerseits jedermann in die Lage kommen kann, sich ihm anvertrauen zu müssen, und die ihn andererseits zur Verschwiegenheit verpflichtet[2]. Auch kann der Name des Informanten als eine Tatsache angesehen werden, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach geboten ist[3]. Deshalb war die Zivilrechtsprechung schon früh der Auffassung, daß § 383 I Nr. 5 ZPO auch auf Presseangehörige anzuwenden ist[4]. Die Literatur ist ihr zum größten Teil gefolgt[5].

Die Anwendung des § 383 I Nr. 5 ZPO läßt sich jedoch nicht von seiner Entstehungsgeschichte her rechtfertigen. Der Entwurf zur ZPO begründet diese Vorschrift wie folgt:

---

1 Zu diesem Begriff siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, D, S. 46 Fn. 1.

2 Vgl. Badewitz, Der Zeugniszwang gegen die Presse (1952), S. 62; Scheer, Deutsches Presserecht (1966), Teil II, § 23 E, S. 368; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. III 5 b zu § 383 ZPO.

3 So Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 6 c bb zu § 383 ZPO.

4 Vgl. OLG Dresden, Sächs. Arch 7, 11o; OLG Hamburg, OLGE 17, 329; LG Freiburg, ZV, 16. Jahrg., 1915, Nr. 23, Sp. 494 f.; LG Kenzingen, ZV, 16. Jahrg., 1915, Nr. 11, Sp. 229; LG Cottbus, ZV, 27. Jahrg., 1926, Nr. 44, Sp. 2329.

5 Außer den in Fn. 2 angegebenen Autoren siehe auch: Ebner, ZV, 29. Jahrg., 1928, Nr. 17, Sp. 847 ff.; Löffler, Presserecht, Bd. II (1968), Randz. 1o4 zu § 23 LPG; kritisch: Häntzschel, JW 1928, 822; derselbe, Deutsche Presse, 1928, Nr. 1o, S. 73 ff.; Hachenburg, DJZ 1928, S. 497 ff. (5oo); Mannheim, ZV, 29. Jahrg., 1928, Nr. 18, Sp. 9o5 f.

"... die Nr. 5 bezieht sich auf die vermöge Amts oder aus anderen Gründen gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen und steht namentlich mit dem § 3oo des Reichs-Strafgesetzbuches - Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger, Ärzte, Wundärzte, Hebeammen, Apotheker, sowie Gehülfen dieser Personen - und mit Art. 65 Nr. 5 des deutschen Handelsgesetzbuches - Mäkler - im Einklang."[1] Von ihrem Umfang und der Auswahl her geben die in der Begründung angeführten Beispiele zu der Annahme Anlaß, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des (heutigen) § 383 I Nr. 5 ZPO gar nicht daran gedacht hat, Presseangehörigen den aus beruflichen Gründen Zeugnisverweigerungsberechtigten zuzuordnen[2]. Vermutlich hat darüber hinaus der Entwurf die Presse sogar bewußt nicht berücksichtigt. Denn gezielte Versuche, das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse in (dem aus dem gleichen Jahr wie der letzte Entwurf zur ZPO stammenden) Reichspressegesetz von 1874 zu verankern, waren am Widerstand der Regierung gescheitert[3].

Ein Zeugnisverweigerungsrecht der Presse könnte sich allerdings aus dem Sinn und Zweck des § 383 I Nr. 5 ZPO herleiten lassen. Rechtsprechung und Lehre gehen überwiegend davon aus, daß diese Vorschrift den Vertrauensgeber schütze[4]. Das könnte auch der Presseinformant sein. Denn wenn man die individualrechtliche Seite der Pressefreiheit betont, so muß der Informant das Recht haben,

---

1 Vgl. Hahn-Stegemann, Materialien, S. 312.

2 Vgl. Häntzschel, Deutsche Presse, 18. Jahrgang, 1928, Nr. 1o, S. 73. Jonas, JW 1928, 823 f. glaubt allerdings, daß der Gesetzgeber davon ausging, ein Zeugnisverweigerungsrecht der Presse sei durch § 384 Nr. 3 ZPO begründet.

3 Zur Geschichte des Reichspressegesetzes vgl. Badewitz, Der Zeugniszwang gegen die Presse (1952), S. 19 ff.; Löffler, Presserecht, Band I (1969), Randz. 46 ff. (54) zum 3. Kapitel.

4 Vgl. OLG Darmstadt, JW 1928, 822; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. II 5 b zu § 383 ZPO.

der Öffentlichkeit mittels der Presse ungehindert - d.h. auch ohne fürchten zu müssen, daß seine Identität preisgegeben wird und daraus für ihn nachteilige Folgen entstehen könnten - Informationen zukommen zu lassen, deren Bekanntgabe er in ihrem Interesse für notwendig hält[1].

Nach dieser Auffassung wäre ein Journalist zur Aussage verpflichtet, wenn ihn sein Informant gemäß § 385 II ZPO entbindet[2]. Die Feststellung, ob der Zeuge wirksam von seiner Schweigepflicht befreit ist, setzt jedoch voraus, daß der Entbindungsbefugte ermittelt werden kann. In den Fällen der Vernehmung von Ärzten, Rechtsanwälten und anderen Geheimnisträgern ist dieser im allgemeinen bekannt. Hier sollen die Geheimnisträger nur über ihnen mitgeteilte oder ihnen sonst bekanntgewordene Tatsachen aussagen. Umgekehrt verhält es sich in der Regel, wenn Journalisten Zeugen sind. Wie schon ausgeführt[3], sollen sie nicht über die erlangten Informationen selbst aussagen - denn diese sind dem Gericht meistens bekannt -, sondern darüber, wer ihnen diese gegeben hat. Ist das ebenfalls bekannt, so ist die Vernehmung des Journalisten überflüssig[4]. Dann wird also auch die Frage nach dem Entbindungsbefugten gar nicht entstehen. Kann dagegen die Feststellung des Entbindungsbefugten nicht ohne die Mitwirkung der Presse geschehen, so ist die Frage danach identisch mit der Frage nach ihrem Informanten. Da aber der Journalist seinen Informanten wiederum nur angeben muß, wenn er wirksam von der Schweigepflicht befreit ist, kann er praktisch nie zur Aussage gezwungen

1 So offensichtlich schon das OLG Dresden, Sächs.Arch., 7, 11o.
2 Löffler, Presserecht, Band II, Randz. 1o5 zu § 23 LPG, stimmt dieser Möglichkeit grundsätzlich zu.
3 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, D.
4 Hierzu und zum folgenden: Mannheim, ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 18, Sp. 9o5 f.

werden. Es ist also gegen den Willen eines Journalisten nicht feststellbar, ob er wirksam von der Schweigepflicht befreit ist[1]. Die §§ 383 I Nr. 5, 385 II ZPO können daher das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse nicht in angemessener Weise regeln[2].

Mannheim[3] glaubt, daß der Gesetzgeber aus den dargelegten Gründen eine Entbindung des Journalisten von seiner Schweigepflicht im Strafprozeß gar nicht vorgesehen hat (vgl. § 53 II StPO). Im Strafverfahren hat man damit aber nicht etwa für Presseangehörige ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht geschaffen, wie wir es für den Priester festgestellt haben. Vielmehr ist dort die eigene Entscheidungsbefugnis der Presse Ausfluß der Tatsache, daß § 53 StPO sie selbst schützen will[4].

Gegen die Auffassung, daß § 383 I Nr. 5 ZPO den Informanten schütze, spricht weiterhin, daß sie das Interesse der Presse an der Anonymität ihrer Informationsquellen nicht genügend berücksichtigt. Eine Entscheidung des OLG Darmstadt aus dem Jahre 1928 macht dieses deutlich[5]: Ein durch einen Zeitungsaufsatz Verletzter hatte eine Schadensersatzklage gegen zwei Personen erhoben, von denen er annahm, daß sie die Verfasser oder Einsender des Aufsatzes seien. Die Beklagten nannten den Schriftleiter der Zeitung als Zeugen dafür, daß sie den Aufsatz nicht verfaßt und eingesandt hatten und entbanden ihn von seiner Schweigepflicht. Der Zeuge hielt sich aber dennoch zur Zeugnisverweigerung berechtigt.

---

1 Ebenso Badewitz, Der Zeugniszwang gegen die Presse, S. 65.

2 So auch Rebmann-Ott-Storz, Das baden-württembergische Gesetz über die Presse (1954), Randz. 5 vor § 23.

3 ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 18, Sp. 9o5 (9o6).

4 Löffler, Presserecht, Bd. II, Randz. 27 f. zu § 23 LPG unter Berufung auf BVerfGE 2o, 176. Die Verfassungsmäßigkeit des § 53 StPO ist allerdings umstritten. Vgl. Kaiser, NJW 1968, 126o; Gross, NJW 1968, 2368.

5 JW 1928, 822 ff.

Das OLG Darmstadt jedoch verneinte dies. Es stellt sich auf den Standpunkt, daß die Beklagten den Schriftleiter wirksam entbunden hätten.

Diese Entscheidung ist damals zu Recht auf heftige Kritik gestoßen[1]; denn solange die Beklagten nicht als Informanten festgestellt worden waren, konnte das Gericht nicht von einer wirksamen Entbindung ausgehen. Außerdem - und das ist in diesem Zusammenhang entscheidend - blieb das Argument des Schriftleiters unberücksichtigt, daß die von ihm verlangte Teilaussage, die Beklagten wären nicht die Verfasser oder Einsender des Aufsatzes, die ihm obliegende Schweigepflicht verletze. Da in vielen Fällen der Kreis der Personen, die als mögliche Urheber einer Veröffentlichung in Betracht kommen, sehr klein ist, eröffnet diese Rechtsprechung die Möglichkeit, die wahre Informationsquelle auf dem Umweg über mehrere Schadensersatzprozesse gegen die als Informanten in Frage kommenden Personen festzustellen[2]. Die Vertrauensbeziehung der Presse zu ihren Informanten, d.h. das Redaktionsgeheimnis, ist damit nach §§ 383 I Nr. 5, 385 II ZPO nicht ausreichend gesichert[3].

Dies läßt sich nicht vereinbaren mit der durch Art. 5 I S. 2 GG geschützten institutionellen Eigenständigkeit der Presse, die sich aus ihrer öffentlichen Aufgabe als ein Träger und Gestalter der öffentlichen Meinung erklärt. Denn dieser Aufgabenbereich umfaßt neben der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen auch die ungehinderte Beschaffung von Informationen. Müssen Infor-

1 Vgl. Häntzschel, JW 1928, 822; Jonas, JW 1928, 823 f.; Mannheim, ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 18, Sp. 9o5 f.

2 Häntzschel, Deutsche Presse, 18. Jahrgang, 1928, Nr. 1o, S. 73.

3 v. Holstein, ArchPR VIII (1955), ohne Seitenangabe, ist der Auffassung, daß ein solches Vertrauensverhältnis meist gar nicht besteht. Es bleibt unklar, wie er dennoch ein Zeugnisverweigerungsrecht der Presse aus einer ihr erteilten "öffentlichen" Aufgabe begründen will.

manten aber befürchten, daß sie durch einen späteren Prozeß bekannt werden könnten, so ist der freie Zugang der Presse zu ihren Informationsquellen nicht mehr gewährleistet[1]. Aus Art. 5 I S. 2 GG leitet sich daher die Forderung her, auch der Presse im Zivilprozeß entsprechend § 53 I Nr. 5 StPO einen unbedingten Schutz in Form eines Zeugnisverweigerungsrechts um ihrer selbst willen zu geben[2]. Eine unterschiedliche Behandlung der Presse im Straf- und Zivilprozeß erscheint soweit nicht gerechtfertigt[3]. Muß im Verhältnis zwischen einem Presseangehörigen und seinem Informanten der Funktionsschutz der Presse im Vordergrund stehen, so kann § 383 I Nr. 5 ZPO ein journalistisches Aussageverweigerungsrecht nicht regeln. Denn man hat diese Vorschrift bis jetzt nur dort angewandt, wo sie dem Schutz einer Individualgeheimsphäre dienen soll. Im Zivilprozeß kann die Presse daher nach dem gegenwärtigen Rechtszustand ein Zeugnisverweigerungsrecht nur auf Grund der einschlägigen Vorschriften der Landespressegesetze geltend machen[4]. Gegen deren Anwend-

---

1 Vgl. auch BVerfGE 2o, 162 (187).

2 So auch Cramer, Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk (1968), S. 32 f. Er lehnt zutreffend ab, daß ein verfassungsrechtlich verankerter Schutz des Redaktionsgeheimnisses direkt aus Art. 5 GG abgeleitet werden kann. So allerdings Möhl, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Straf- und Disziplinarverfahren (1963), S. 1o7 f. - Um Dritte vor Schäden durch die Veröffentlichung zu bewahren, empfiehlt es sich, ein Zeugnisverweigerungsrecht für den Redakteur usw. nur in den Fällen anzuerkennen, in denen die Publikation öffentlichen Interessen dient. Vgl. LG Freiburg, ZV, 16. Jahrgang 1915, Nr. 23, Sp. 494.

3 So auch Hachenburg, DJZ 1928, 497 (5oo); sowie ein Artikel ohne Verfasserangabe, ZV, 29. Jahrgang, 1928, Nr. 8, Sp. 383 (384).

4 Vgl. Rebmann-Ott-Storz, Das baden-württembergische Gesetz über die Presse, Randz. 1o vor § 23. Für § 53 I StPO ebenso: Kaiser, NJW 1968, 126o ff.; a.A.: LG Frankfurt, NJW 1971, 2328; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 6 c zu § 383 ZPO; weitere Nachweise bei Cramer, Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk, S. 16, Fn. 31.

barkeit bestehen auch keine Bedenken; wenn es nämlich entscheidend auf die funktionelle Bezogenheit des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts ankommt, so muß dieses als eine dem Presserecht zuzuordnende Materie angesehen werden[1]. Als solche unterliegt sie einer landesrechtlichen Regelung so lange, wie der Bund von seiner Rahmengesetzgebungskompetenz gemäß Art. 75 Ziff. 2 GG keinen Gebrauch macht[2].

Die hier vertretene Auffassung, daß § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO nicht dem "institutionellen" Schutz gewisser Berufe dient, sondern allein den Schutz der Individualgeheimsphäre derjenigen Personen bezweckt, die auf den Beistand bestimmter Berufsangehöriger angewiesen sind, läßt sich auch durch die Entwicklungsgeschichte dieser Vorschriften begründen.

---

1 Rebmann-Ott-Storz, Das baden-württembergische Gesetz über die Presse, Einleitung vor § 1, Randz. 18; OLG Hamburg, ArchPR XIV (1969), S. 62; FG Hamburg, EFG 7o, 44 f. Dagegen meinen Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 6 c aa β zu § 383 ZPO, daß das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse nicht dem Presserecht, sondern dem Prozeßrecht zuzuordnen sei: Ebenso wie sich Inhalt und Umfang der allgemeinen Zeugnispflicht nach prozessualen Normen bestimme, müsse auch die Ausnahme davon einer prozessualen Regelung unterliegen. Dieses Argument überzeugt aber nicht, weil es der besonderen Situation des Presse-Informanten-Verhältnisses nicht gerecht werden kann.

2 Damit könnte er einer von der Gegenmeinung (siehe Stein-Jonas-Schumann/Leipold, a.a.O.) befürchteten Rechtszersplitterung entgegenwirken. - Im Hinblick auf § 53 StPO besteht hier ein heftiger Kompetenzstreit, vgl. Löffler, Presserecht, Bd. II, Randz. 24 zu § 23 LPG; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 6 c aa β, Fn. 56 zu § 383 ZPO.

B. Bestätigung des heutigen Verständnisses des § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO durch seine historische Entwicklung

Bei einer Darstellung der historischen Grundlagen des § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO sind wegen seiner engen Verbindung zu § 3oo StGB drei Aspekte zu berücksichtigen: die berufsständische Entwicklung der für die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts in Frage kommenden Berufe, die Sanktionen für den Bruch beruflicher Schweigepflichten und die Behandlung dieser Schweigepflichten im Beweisverfahren. Die Untersuchung kann sich auf die Berufsgruppen beschränken, für die die Frage nach einem Zeugnisverweigerungsrecht zuerst entstanden ist: Das sind Geistliche, Rechtsbeistände und Ärzte. Historischer Anknüpfungspunkt muß die Zeit sein, in der die der Zivilprozeßordnung zugrundeliegenden Rechtsquellen, also die Regeln des gemeinen deutschen Prozesses, der hannoverschen Prozeßordnung und des rheinisch-französischen Prozesses aktuelle Bedeutung hatten.

I. Berufliche Zeugnisverweigerungsrechte im gemeinen Zivilprozeß

1. Die Regelung beruflicher Schweigepflichten

a. Für Geistliche

Schon bevor sich der gemeine Zivilprozeß auf der Grundlage des 1654 umgestalteten Prozeßrechts des Reichskammergerichts entwickeln konnte[1], war die Aufgabe des Geistlichen zur Abnahme von Beichten eine feste kirchli-

1 Vgl. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II (1966), S. 456.

che Institution. Nachdem 461 die öffentliche Beichte abgeschafft worden war, normierte - wie schon einmal erwähnt[1] - das 4. Laterankonzil von 1215 eine absolute Verschwiegenheitspflicht des Geistlichen. Das kanonische Recht belegte den Geistlichen im Falle der Offenbarung des Beichtgeheimnisses mit erheblichen Strafen[2].

Auf den starken Einfluß, den das römisch-kanonische Recht auf das gemeine Recht nahm, ist es wahrscheinlich zurückzuführen, daß man staatlicherseits lange auf eine Regelung der priesterlichen Schweigepflicht verzichtete. Erst 1794 regelte das ALR den Schutz des Beichtgeheimnisses. Aus der systematischen Einordnung der Vorschriften ist zu schließen, daß der preußische Gesetzgeber die Geheimhaltungspflicht eines Geistlichen im öffentlichen Interesse für notwendig hielt und sie in erster Linie als Amtspflicht eines Staatsdieners verstand. Die einschlägigen Bestimmungen (§§ 8o - 82 II 11) finden sich unter dem Titel: "Von den Rechten und Pflichten der Kirche und Geistlichen Gesellschaften". Der Geistliche hatte die Pflicht, das, was ihm "unter dem Siegel der Beichte oder geistlichen Amtsverschwiegenheit" anvertraut worden war, "bey Verlust seines Amtes" geheimzuhalten (§ 8o). Er durfte vor Gericht nicht aufgefordert werden, darüber auszusagen (§ 81). Eine Offenbarung wurde nur dort zugelassen, wo sie notwendig war, um eine Gefahr für den Staat abzuwenden und Verbrechen zu verhüten (§ 82). Unter dem Abschnitt: "Von den Verbrechen der Diener des Staates" sanktionierte § 5oo II 2o ALR den Geheimnisbruch eines Geistlichen mit erheblichen Strafen.

---

1 1. Teil, 1. Abschnitt, C, I.
2 X 5, 31, 13; X 5, 38, 12.

b. Für Rechtsbeistände

Im Gemeinen Prozeß waren die Rechtsbeistände, nämlich die Advokaten und Prokuratoren, anders als noch der Vorsprecher im Mittelalter[1], echte Vertreter der rechtlichen Interessen der Parteien[2]. Als solche hatten sie der Partei gegenüber auch Treuepflichten. Bei der Zulassung mußten Advokat und Prokurator seit der Einführung der Kammergerichtsordnung von 1555 schwören, "dass sy ... heimlicheyt vnd Behelf, so sy von den Parteien empfahen, oder Vnderrichtung der Sachen, die sy von jn selbs mercken werden, jrer Parteyen zu Schaden, Nyemand offenbaren..."[3]. Dieses Schweigegelöbnis führten auch die mittleren und unteren Gerichte ein, nachdem sie den römisch-kanonischen Prozeß übernommen hatten[4]. Der Reichs-

1 Vgl. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I (1962), S. 386;Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 15oo (1953), S. 121.

2 Vgl. Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 69 f. Die für die Geltungszeit des gemeinen Zivilprozeßrechts aufrechterhaltene Teilung dieses Standes in Advokaten und Prokuratoren war aus dem kanonischen Recht übernommen worden (vgl. Döhring, a.a.O., S. 119; Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1967), S. 11o ff.). Die Advokaten nahmen die Information auf, fertigten die Schriftsätze an und berieten die Partei und den Prokurator hinsichtlich der vorzunehmenden Prozeßhandlungen. Die Vornahme selbst erfolgte durch den Prokurator, der die Partei vor Gericht vertrat (dazu Conrad, a.a.O., Bd. II, S. 46o; Döhring, a.a.O., S. 115 f., Weißler, a.a.O., S. 17o ff.). Die Reichsjustizgesetze von 1879 beseitigten die Zweiteilung und schufen in Deutschland eine einheitliche Rechtsanwaltschaft (Döhring, a.a.O., S. 122).

3 Zitiert nach Weißler, a.a.O., S. 127. Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (191o), S. 15, Fn. 1, weist darauf hin, daß bereits der Entwurf der Reichskammergerichtsordnung von 1471 in §§ 4 und 5 diesen Eid kennt.

4 Sauter, a.a.O., S. 17.

tagsabschied von Augsburg im Jahre 1566 erweiterte den Kreis der Schweigepflichtigen, indem er in § 93 auch Gehilfenpersonal der Kammergerichtsprokuratoren und -advokaten, die sog. Substituten, die als Registratoren und Bürovorsteher tätig und wahrscheinlich auch zur Vertretung des Anwalts vor Gericht zugelassen waren, einbezog.

Verstöße gegen die anwaltliche Schweigepflicht erfaßte anfangs offenbar nur der sehr weite Tatbestand des Parteiverrats. Dieser schloß alle Fälle ein, in denen Advokaten und Prokuratoren zum Nachteil ihrer Partei mit dem Gegner oder dessen Anwalt im Einvernehmen standen[1], wozu auch gehörte, daß sie der Gegenpartei etwa ihre Prozeßtaktik und ihre Beweismittel im voraus verrieten[2]. Einen selbständigen Straftatbestand stellte der Bruch der den Advokaten und Prokuratoren obliegenden Schweigepflicht erst in den in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschaffenen einzelstaatlichen Strafrechtskodifikationen dar.

c. Für Ärzte

Die ärztliche Schweigepflicht gewann erst an Bedeutung, als in der zweiten Hälfte des Mittelalters die beginnende wissenschaftliche Ausbildung der Ärzte die Herausbildung eines korporativ organisierten Ärztestandes bewirkte. Seit dem 17. Jahrhundert begann der Staat, die Gesundheitsverwaltung zu übernehmen; er überwachte insbesondere die Ausbildung der Ärzte und Hebammen und regelte deren Pflichten[3].

1 Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege, S. 164.
2 Döhring, a.a.O.
3 Näheres hierzu bei Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 61 f.

War ein Schweigegebot im Mittelalter nur in vereinzelten Medizinalordnungen der Städte postuliert worden[1] und in den Medizinalordnungen der Landesherren - wie in Hessen 1616 - eine Seltenheit, so setzte es sich doch seit dem Medizinaledikt des Großen Kurfürsten von 1685 mehr und mehr durch[2]. Nachdem das preußische Medizinaledikt von 1725 das Schweigegebot wiederholt hatte[3], griffen die Medizinalordnungen von Mecklenburg (1751) und von Hildesheim (1782) das preußische Beispiel auf[4]. Diese und auch das Königlich Sächsische Mandat von 1824, das die ärztliche Verschwiegenheitspflicht in einem vorgeschriebenen Eidesformular vorsah[5], beschränkten sich aber noch auf allgemeine Verschwiegenheitsformeln. Dagegen erweiterten die Lippische Medizinalordnung von 1789 und die Salzburgische Dienstordnung für praktische Ärzte von 18o5 die Schweigepflicht ausdrücklich auch auf Familiengeheimnisse, die den Ärzten bekanntgeworden waren[6]. Damit trug man offenbar der Tatsache Rechnung, daß die durch die Entwicklung der Naturwissenschaften und der Medizin bewirkte steigende soziale Anerkennung des Arztes eine Veränderung seines Pflichtenkreises mit sich gebracht hatte; neben die ursprüngliche Aufgabe, seinen Patienten von bestimmten Krankheiten zu heilen, waren weitergehende Betreuungspflichten getreten[7].

Das ALR stellte in § 5o5 II 2o den Bruch der ärztlichen

1 So in den Medizinalordnungen von Worms (1582) und Passau (1586); vgl. Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 58.
2 Wiebel, a.a.O., S. 6o f.
3 Vgl. Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 21.
4 Vgl. Hagemann-Spangenberg, Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, Bd. IX (1831), S. 461 (464); Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes (19o9), S. 3.
5 Hagemann-Spangenberg, a.a.O., S. 465.
6 Hagemann-Spangenberg, a.a.O., S. 464 f.
7 So Sauter, a.a.O., S. 2o.

Schweigepflicht erstmals unter Strafe. Es behielt dabei den weiten Umfang dieser Schweigepflicht, wie sie die einzelstaatlichen Medizinalordnungen zuletzt vorgesehen hatten, bei. § 5o5 II 2o ALR wurde "den Verbrechen derer, welche ohne Officianten zu seyn, dem gemeinen Wesen besonders verpflichtet sind" zugeordnet. Als Rechtsgrund für die Strafe sah man also nicht die Verletzung einer fremden Geheimsphäre, sondern - ähnlich wie im Falle der Geistlichen - die Verletzung einer der Öffentlichkeit gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Verschwiegenheit an.

2. Das Berufsgeheimnis im Zivilprozeß

Der gemeine Zivilprozeß berücksichtigte bereits die beruflichen Schweigepflichten. Grundsätzlich ging man schon dort von einer allgemeinen Zeugnispflicht aus[1] und kannte auch den Zeugniszwang[2]. Für das Zeugnisverweigerungsrecht war hier von Bedeutung, ob der von Berufs wegen zum Schweigen Verpflichtete als Zeuge "zulässig" war. Letzteres entschied man nach den Regeln über die

---

1 Vgl. Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses (186o), S. 194 (195); Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses (1878), § 23, S. 214. Eine allgemeine Pflicht zur Herausgabe von Beweisurkunden bestand dagegen - anders als im englischen Recht - nicht (vgl. Wetzell, a.a.O., S. 249). Strippelmann, Der Beweis durch Schrift-Urkunden, 2. Abtheilung: Das Verfahren (1861), S. 3o3 f., weist aber darauf hin, daß die Praxis, teilweise durch Partikulargesetze unterstützt, den Kläger oder Beklagten zur Vorlage von Urkunden verpflichtete, welche dem jeweiligen Gegner zur Führung des Beweises oder Gegenbeweises dienen konnte. Dazu auch Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozessrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilgesetzgebungen (1867), S. 325.

2 Wetzell, a.a.O., S. 214.

"Beweisfähigkeit" (oder: "Beweiskraft")[1].

a. Die Beweiskraftregeln und die Zulässigkeit der Zeugen

Die Beweiskraftregeln des (späteren) gemeinen Zivilprozesses[2] unterschieden (absolut) unfähige, bedingt unfähige (verwerfliche) und verdächtige Zeugen[3]. Zeugen, die der ersten Kategorie angehörten, sollten gar nicht vernommen, sondern vom Richter "verworfen" werden. Die der zweiten waren auf Widerspruch einer Partei von der Vernehmung auszuschließen. Zeugen der dritten Kategorie wurden zwar vernommen, sie besaßen jedoch nur eingeschränkte Glaubwürdigkeit[4]. Im ersten Fall bestand also absolute Unzulässigkeit, im zweiten bedingte, im dritten unbedingte Zulässigkeit.

Da man sich streng an das kanonische Recht hielt, das den Geistlichen jede Aussage untersagte, waren diese absolut unfähige Zeugen und daher von der Zeugnispflicht ganz ausgenommen[5].

---

1 Das entsprach dem damals geltenden System der sogenannten positiven gesetzlichen Beweisregeln, das aus dem italienisch-kanonischen Prozeß übernommen worden war (vgl. die Motive zum Entwurf der "Prozeß - Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" (1864), S. 92 f.).

2 Ursprünglich unterschied das gemeine Recht zwischen klassischen und verdächtigen Zeugen. Die Kategorien der unfähigen und verwerflichen ist französisch-rechtlichen Ursprungs (vgl. Hahn-Stegemann, Materialien, S. 311; Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses, S. 187 ff.).

3 Vgl. Schlüter, Process-Ordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover vom 5. Oktober 1827 (1845), § 69, S. 41 f.

4 So nach der hannoverschen Prozeßordnung von 185o. Vgl. Schlüter, Commentar zur allgemeinen bürgerlichen Process-Ordnung für das Königreich Hannover, Bd. 1 (1858), S. 376.

5 Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 2o9. Vgl. auch § 8o, 1 I 1o der Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793 (AGO), der §§ 8o-82 II 1 ALR ergänzt.

Die Entscheidung über die Beweisfähigkeit der Advokaten und Prokuratoren sollte nach Vorschlägen im Schrifttum von zwei Gesichtspunkten abhängig gemacht werden; einerseits, ob diese für den Beweisführer oder den Beweisgegner tätig waren und andererseits, ob ihre Tätigkeit sich auf den Prozess erstreckte, in dem sie als Zeugen aussagen sollten, oder sie diese vorher beendet hatten[1]. Der Advokat oder Prokurator, der für den Beweisführer im anhängigen Prozeß tätig war, sollte als Zeuge gänzlich unzulässig sein[2]. Wenn er den Beweisführer in der Sache beraten hatte, bevor er damit rechnen konnte, dazu als Zeuge aussagen zu müssen, behandelte man ihn als verdächtigen Zeugen[3]. Rechtsbeistände des Beweisgegners rechnete man zu den bedingt unfähigen, d.h. verwerflichen Zeugen. Ihre Aussage sollte nur dann unzulässig sein, wenn der Beweisgegner ihrer Vernehmung widersprach[4].

Zu den bedingt zulässigen Zeugen zählten auch die Ärzte, soweit für sie partikularrechtlich eine Verschwiegenheitspflicht statuiert worden war oder sie sich - etwa bei der Leistung ihres Promotionseides - zur Verschwiegenheit verpflichtet hatten[5].

---

1 So Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen aus vernunftsmäßigen Grundbegriffen (1842), § 135, S. 97 f., §§ 161, 162, S. 11o.

2 Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 2o9, Fn. 13, mit Hinweis auf ihren nach der Reichskammergerichtsordnung von 1555 zu leistenden Eid; Schneider, a.a.O., § 135, S. 97 f.; Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses, S. 199 f., stellt die Notare den Advokaten gleich.

3 Endemann, a.a.O.

4 Schneider, a.a.O., § 161, S. 11o. Nach § 23o (I, 1) I 1o AGO konnten die Prozeßvertreter der Parteien nur zur Information vernommen werden. Der Prozeßvertreter des Beweisgegners war als Zeuge gar nicht zugelassen, wenn er über Tatsachen aussagen sollte, die erst während des Prozesses vorgefallen oder zu seiner Kenntnis gelangt waren.

5 Hagemann-Spangenberg, Practische Erörterungen, S. 461 (465).

Die beschränkte Zulässigkeit der Zeugenaussagen aller hier behandelten beruflichen Geheimnisträger wurde wie folgt begründet: "So wie [den Beichtvätern und Advokaten] in Bezug auf das ihnen von ihren Beichtkindern und Clienten gewidmete Vertrauen, Amtsverschwiegenheit auferlegt oder zugestanden ist, so ist es auch aus gleichem den Ärzten..., und so wie das Treuverhältnis, worin der Beichtvater zu seinem Beichtkinde, der causarum patronus zu seinem Clienten steht, Rücksichten genug darbietet, den Beichtvater und den Advokaten, weder gegen, noch für sein Beichtkind oder seinen Clienten zuzulassen, so bietet das Treuverhältnis, worin der Arzt zu seinem Kranken steht, eben diese Rücksichten für diesen Grundsatz dar."[1]

Im gemeinen Zivilprozeß wollte man also das zwischen beruflichem Geheimnisträger und Vertrauensgeber begründete Vertrauensverhältnis schützen[2] und verhindern, daß die als Amtspflicht verstandene Schweigepflicht verletzt werden konnte. Die sehr differenzierte Regelung für Rechtsbeistände macht deutlich, daß man sich dabei bemühte, der berufstypischen Situation des jeweiligen Geheimnisträgers gerecht zu werden.

b. Das Zeugnisverweigerungsrecht

Für das Zeugnisverweigerungsrecht ergab sich aus dieser Rechtslage folgendes:

Für einen absolut unzulässigen Zeugen, wie es der Priester war, kam ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht in

1 Hagemann-Spangenberg, Practische Erörterungen, S. 465.
2 So auch Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses, S. 199.

Betracht. Sollte er in Ausnahmefällen unter Verstoß auf die oben dargelegten Grundsätze doch vernommen werden, so hatte er die Pflicht, ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend zu machen[1].

Wie weit sich ein Advokat und Arzt auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen konnte, blieb umstritten. Nach der einen Ansicht entschieden beide - solange gegen ihre Zulässigkeit keine Einwendungen erhoben worden waren - selbst, ob sie aussagen wollten. Wenn sie nicht zur Aussage bereit waren, konnten sie sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen[2]. Nach einer anderen, insbesondere von Wetzell[3] vertretenen Ansicht sollten die Advokaten den Geistlichen gleichgestellt werden und daher auch dann kein Zeugnis ablegen dürfen, wenn sie sich dazu bereiterklärten. Man neigte also dazu, die Zeugnisverweigerung nicht nur als Recht, sondern vor allem als Pflicht der beruflichen Geheimnisträger anzusehen, was daraus folgte, daß die Schweigepflicht als Amtspflicht verstanden wurde.

II. Die Rechtsentwicklung bis zur Schaffung des RStGB und der ZPO von 1877

Die spätere Rechtsentwicklung ist auf dem Gebiete des Strafrechts durch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandene strafrechtliche Kodifikationen geprägt, die die Verletzung der beruflichen Schweigepflicht sanktionierten. Ihre Schöpfer rückten langsam davon ab, den

---

1 Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 2o9, Fn. 13.
2 Hagemann-Spangenberg, Practische Erörterungen, S. 465 f.
3 Wetzell, a.a.O., S. 2o9, Fn. 13.

Bruch solcher Schweigepflichten als die Verletzung einer der Öffentlichkeit gegenüber bestehenden Amtspflicht zu ahnden. Im prozessualen Bereich erfolgte eine allmähliche Abkehr von den Beweiskraftregeln zugunsten einer freien richterlichen Beweiswürdigung; außerdem strebte man an, die Regelung des Zeugnisverweigerungsrechts im Zivilprozeß mit den strafrechtlichen Bestimmungen über berufliche Geheimhaltungspflichten zu harmonisieren.

1. Die strafrechtlichen Sanktionen für den Bruch von beruflichen Geheimhaltungspflichten

Die ersten einzelstaatlichen Strafrechtskodifikationen lehnten sich in der Sanktion der Verletzung der beruflichen Schweigepflichten an § 5o5 II 2o ALR an[1] und schlossen in ihre Regelung teilweise auch Geistliche und Anwälte ein. Hier ergibt sich noch in den meisten Fällen aus dem Zusammenhang, in den man die jeweilige Vorschrift stellte, daß nicht der Bruch eines Individualgeheimnisses, sondern die Verletzung einer der Öffentlichkeit gegenüber bestehenden Pflicht bestraft werden sollte. So finden sich z.B. die die beruflichen Schweigepflichten betreffenden Art. 321, 323 des Kriminalgesetzbuches für Sachsen von 1838 im Kapitel "Von Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen" und unter der Marginalrubrik "Missbrauch des öffentlichen Vertrauens". Das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 184o ordnet die unbefugte Offenbarung von aus Berufsgründen anvertrauten Privatgeheimnissen dem Kapitel "Von Verbrechen wider Öffentliche Treue und Glauben" zu[2].

---

1 Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 22; Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, S. 5.

2 Vgl. Placzek, a.a.O., S. 4 ff.

Eine andere Auffassung von der beruflichen Schweigepflicht setzte sich erst mit der Schaffung des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 durch. Die dort in § 155 angedrohte Bestrafung für die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen, die "Medicinalpersonen" und "deren Gehilfen" sowie anderen Personen "kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind", wurde systematisch den "Verletzungen der Ehre" untergeordnet. Das geschah zwar vor allem aus Mangel an einem geeigneten Bezugspunkt, deutete aber auch zugleich noch auf eine Unsicherheit über die wahre Rechtsnatur dieser Vorschrift hin[1]. Auf jeden Fall war aber der Gedanke aufgegeben, daß die Verletzung einer öffentlichen Pflicht sanktioniert werden müsse. Der Bruch fremder Geheimnisse durch berufliche Geheimnisträger hatte einen individualrechtlichen Bezugspunkt bekommen. Diese Entwicklung endet in § 296 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 187o. Die Vorschrift wurde in den Abschnitt "Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" aufgenommen. Die Motive erklärten zu ihrer systematischen Stellung: "Das Preussische Strafgesetzbuch stellt eine derartige unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen unter den Begriff der Ehrverletzung; sie kann allerdings auch eine solche enthalten, es wird aber nicht überall notwendig sein. Der Entwurf hat darum die Bestimmung aus dem Abschnitt über die Beleidigung hierher versetzt..."[2]. Man gab also den individualrechtlichen Bezugspunkt für eine Sanktion der Verletzung von Verschwiegenheitspflichten nicht auf, sondern erweiterte ihn bewußt: Das Strafrecht schützte nun die Individualgeheimsphäre schlechthin.

---

1 Vgl. Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, S. 7 f.
2 Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen (187o), S. 82.

§ 3oo des RStGB von 1871 gab den § 296 dieses Entwurfes unverändert wieder. v. Liszt sieht nun als geschütztes Rechtsgut "das rechtlich geschützte Interesse an der Wahrung des persönlichen und geschäftlichen Lebens vor fremdem Eindringen" an[1].

2. Die prozeßrechtlichen Konsequenzen

Die hannoverschen Prozeßordnungen von 1847 und 1851 übernahmen noch die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen (absolut) unfähigen, verwerflichen und verdächtigen Zeugen[2]. § 116 Nr. 2 der Prozeßordnung von 1847 nennt als zeugnisverweigerungsberechtigte Geheimnisträger von Berufs wegen nur die Geistlichen, Rechtsbeistände und öffentlich angestellten Prokuratoren. Für die ersten bestimmt der Gesetzgeber, daß sie auch dann nicht zur Aussage verpflichtet sein sollen, wenn sie zur Offenbarung des ihnen Mitgeteilten ermächtigt werden, gewährt ihnen also ein "absolutes" Zeugnisverweigerungsrecht. Für alle wird nach der sich in den Regierungsmotiven findenden Begründung diese Ausnahme deshalb gemacht, weil "der Verpflichtung zur Zeugnisablegung eine andere stärkere Verpflichtung zur Geheimhaltung entgegentritt, mithin in der Erfüllung jener eine Verletzung dieser liegen würde"[3]. Im gleichen Sinne hat man die einschlägigen Bestimmungen der hannoverschen Prozeßordnung von 1851[4] begründet[5]. Das Zeugnisverweigerungsrecht sollte also eine

1 Lehrbuch des deutschen Strafrechts (19o5), S. 4o5.
2 Vgl. auch schon §§ 1o86, 1116, 1117 des Entwurfs der Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Hannover (1835).
3 Zitiert nach Leonhardt, Allgemeine bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover (1848), S. 88.
4 Vgl. dort §§ 251 ff.
5 Vgl.Schlüter, Commentar zur allgemeinen bürgerlichen Process-Ordnung für das Königreich Hannover, Bd. I (1858), S. 372.

Kollision zwischen allgemeiner Zeugnispflicht und beruflicher Schweigepflicht verhindern. Es muß angenommen werden, daß das Zeugnisverweigerungsrecht hier noch das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung schützen sollte, denn diesem Schutz diente auch der damals geltende § 218 des hannoverschen Criminalgesetzbuches von 184o.

Erst aus dem Entwurf einer preußischen Prozeßordnung von 1864 ergibt sich ein neues Verständnis vom Schutzzweck der Zeugnisverweigerungsrechte. Die Motive zum Entwurf bezogen sich ausdrücklich auf § 155 des preussischen Strafgesetzbuches von 1851[1]. Da der Vorschrift - wie bereits dargelegt - ein individualrechtlicher Schutzgedanke zugrunde lag, fand dieser damit auch im Zivilprozeß Eingang. Die weiteren der Civilprozeßordnung von 1877 vorangehenden Entwürfe[2] übernahmen diese neue Vorstellung, und die Motive zur heutigen Zivilprozeßordnung bestätigen, daß der dem § 383 I Nr. 5 ZPO zugrundeliegende Schutzzweck mit dem strafrechtlichen identisch geblieben ist[3].

C. Ergebnis

Das Zeugnisverweigerungsrecht beruflicher Geheimnisträger hat sich also historisch zum Schutz der Individualgeheimhaltungsinteressen des Vertrauensgebers entwickelt. Damit wird die oben vertretene Auffassung bestätigt, daß Zeugen es ausschließlich als Recht des Vertrauensgebers

1 Vgl. die Motive zu dem Entwurf einer Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat (1864), S. 1o5.
2 So z.B. der Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprocessordnung von 1864, der Entwurf einer allgemeinen Civilprocessordnung für die deutschen Bundesstaaten von 1866 und der Entwurf einer Prozeßordnung für den Norddeutschen Bund von 187o.
3 Siehe oben 1. Teil, 3. Abschnitt, A, II.

geltend machen. Für das richtige Verständnis des § 383 I Nr. 4 und 5 ZPO ist es jedoch heute noch von Bedeutung, daß sich die beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte historisch zu einem Zeitpunkt entwickelten, als die Stellung der zunächst zeugnisverweigerungsberechtigten Geistlichen, Ärzte und Rechtsbeistände beamtenähnlich ausgeformt war. Denn wenn sich auch das Verständnis von der Tätigkeit dieser Geheimnisträger teilweise änderte, so blieb doch bis heute der Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten auf solche Personen beschränkt, deren Berufsausübung standesrechtlich gesichert ist[1] und bei denen ein besonderes öffentliches Interesse daran besteht, daß sich ihre berufliche Tätigkeit in einem engen Vertrauensverhältnis zu dem jeweiligen Geheimnisherrn vollzieht[2].

Nach der geschichtlichen Entwicklung des beruflichen Zeugnisverweigerungsrechts sollte also mit dem Schutz individueller Geheimhaltungsinteressen nicht erst das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit bestimmter beruflicher Geheimnisträger geschaffen werden. Denn der Beruf des Arztes zum Beispiel wurde bereits ausgeübt, bevor er prozessual privilegiert war. Seit der Geheimnisschutz auch im Prozeß anerkannt wurde, wirkt sich das allerdings so aus, daß Berufsgeheimnisträger ihre im Interesse der Allgemeinheit liegenden Aufgaben besser wahrnehmen können. Heute kann man daher das soziale Interesse an der Geheimhaltung als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ansehen, das den Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Geheimnisträger näher zu bestimmen hilft. Einen besonderen Schutz genießt es jedoch

---

1 Dieses bestätigt eine neuere Entscheidung des BVerfG, NJW 1972, 2214 ff.

2 So erfaßt § 383 I Nr. 5 ZPO z.B. keine Kaufleute, vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 B zu § 383 ZPO. Für Kaufleute gilt lediglich § 384 Nr. 3 ZPO.

im Rahmen des § 383 I Nr. 5 ZPO nicht[1]. Die von Eb. Schmidt[2] vertretene Auffassung, die Schweigepflicht (und damit also auch das berufliche Zeugnisverweigerungsrecht) im Arzt-Patienten-Verhältnis beruhe nicht in erster Linie auf dem Individualinteresse des Patienten, sondern auf dem Sozialinteresse am Vertrauensverhältnis zum Arzt, kann daher nicht überzeugen. Vielmehr konnte man, weil das Vertrauensverhältnis zwischen bestimmten beruflichen Geheimnisträgern und Personen, die auf deren Beistand angewiesen sind, sozial erheblich ist, auch im Einzelfall das individuelle Geheimhaltungsinteresse der Wahrheitsfindung voranstellen. Diesem dient also das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO in erster Linie.

Für die Frage, ob § 383 I Nr. 5 ZPO auf das Presse-Informanten-Verhältnis angewandt werden kann, ergibt sich daraus folgendes: Das Redaktionsgeheimnis verdient einen Schutz nicht in erster Linie um des Informanten willen, sondern im Interesse der Funktionsfähigkeit der Presse. Daher kann aus § 383 I Nr. 5 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht der Presse zu ihrem eigenen Schutz nicht hergeleitet werden.

---

1 So auch Erdsiek, NJW 1963, S. 632 (633).
2 NJW 1962, 1745.

2. Teil:

VORAUSSETZUNGEN UND UMFANG VON PRIVILEG UND ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHT AUF GRUND VON ANWALTSBEZIEHUNGEN

Ein Vergleich zwischen Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht ergibt, daß hinter beiden verschiedene Rechtsgedanken stehen: Das Privileg hat als Stütze des adversary system in erster Linie eine funktionale, d.h. das Prozeßgeschehen stützende Bedeutung. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO dient den Individualinteressen des Mandanten, der in seiner Geheimsphäre geschützt sein soll. Im folgenden wird untersucht, ob sich hieraus Unterschiede bei der Anwendung von Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht ergeben.

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen

Im englischen Zivilprozeß enthebt das legal professional privilege den Zeugen sowohl von der allgemeinen Zeugnis- als auch von der Editionspflicht[1]. Anwalt und Mandant können das Privileg gleichermaßen geltend machen. Das gilt unter folgenden Voraussetzungen: Erstens muß der Anwalt über den Gegenstand der Beweisaufnahme in seiner beruflichen Eigenschaft konsultiert worden sein; zweitens muß die Konsultation um einer Rechtsberatung willen stattgefunden und drittens muß sie einen vertrau-

---

1 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, vor A. Zur Editionspflicht siehe auch Wigmore, Evidence, § 2193, S. 74.

lichen Charakter gehabt haben[1].

Diese Voraussetzungen entsprechen im wesentlichen denen, die auch die Generalklausel des § 383 I Nr. 5 ZPO für ein anwaltliches Zeugnisverweigerungsrecht aufstellt. Das englische Recht knüpft aber an keine gesetzlich begründete Verschwiegenheitspflicht des beruflichen Geheimnisträgers an. Eine strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht wie die des § 3oo I Nr. 2 StGB ist dem englischen Anwalt nicht auferlegt.

Anders als das Privileg ist das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO ein "berufliches" Aussageverweigerungsrecht im eigentlichen Sinne. Es berechtigt nur den Inhaber der durch seinen Beruf begründeten Vertrauensstellung selbst zur Zeugnisverweigerung. Das Privileg berechtigt dagegen neben dem Anwalt auch den Mandanten, die Aussage zu verweigern[2]. Daher ist das Privileg besser als "Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen" zu bezeichnen. Die englische Lösung überzeugt mehr als die deutsche, weil der Mandant selbst der durch das Privileg[3] und Zeugnisverweigerungsrecht Geschützte[4] ist: Den Anwalt zu privilegieren, reicht nämlich dann nicht aus, wenn man den Mandanten selbst befragen kann. Für den Fall, daß der Mandant zugleich Prozeßpartei ist, wir-

---

1 Vgl. Wigmore, Evidence, § 2292, S. 554. Teilweise wird auch noch verlangt, daß die Konsultation für die vom Mandanten verfolgten Zwecke notwendig war. So Gillard v. Bates (184o), 6 Mees. & Wels. 547 (548): "The test is, whether the communication is necessary for the purpose of carrying on the proceeding in which the attorney is employed; if it is necessary, it becomes privileged". (Siehe auch Phipson, On Evidence, § 591, S. 251 f.) Dieses Erfordernis erübrigt sich jedoch, wenn man die eben genannten Voraussetzungen genau prüft.

2 Vgl. Wilson v. Rastall (1792), 4 Term. Rep. 753 (76o); R. v. Withers (1811), 2 Camp. N.P. 578; Wigmore, Evidence, § 2321, S. 629.

3 Siehe oben 1. Teil, 2. Abschnitt, A und B sowie Bell v. Smith (1968), 68 D.L.R. (2 d) 451.

4 Siehe oben 1. Teil, 3. Abschnitt, A und B, II, 2.

ken sich die Unterschiede allerdings im Ergebnis nicht aus: Im englischen Recht schützt das Privileg den Mandanten vor den Auskunftsrechten der Gegenpartei im Zwischenverfahren und nimmt ihn von der Pflicht aus, selber als Zeuge aussagen zu müssen. Im deutschen Recht ist dagegen schon die Parteivernehmung des Mandanten ausgeschlossen, wenn er sie gemäß § 446 ZPO ablehnt oder wenn er im Falle des § 448 ZPO die Aussage verweigert (§ 453 II ZPO). Die Frage nach einem Zeugnisverweigerungsrecht stellt sich in diesem Fall nicht. Die Vorzüge der englischen Regelung zeigen sich jedoch, wenn der Mandant in einem zwischen Dritten geführten Prozeß aussagen soll: Anders als das Privileg schützt ihn hier § 383 I Nr. 5 ZPO nicht, so daß er - sofern nicht eine der Ausnahmen der §§ 383 I Nr. 1 bis 3, 384 ZPO eingreift - das seinem Anwalt anvertraute Geheimnis preisgeben müßte[1]. Dieses Ergebnis widerspricht dem Schutzzweck des § 383 I Nr. 5 ZPO.

Allerdings hat diese Inkonsequenz keine große praktische Bedeutung, da solche Fälle selten sind. Außenstehende Dritte werden vom Inhalt der Beratungen des Mandanten mit seinem Anwalt kaum erfahren und werden ihn daher mangels genügender Anhaltspunkte nicht als Zeugen heranziehen.

---

1 Das verdeutlicht ein Beschluß des OLG Colmar, OLGE 25, 1o8. Dabei ging es zwar nicht um den Mandanten eines Rechtsanwalts; es handelte sich jedoch um eine vergleichbare Konstellation: Ein Abonnent zweier Auskunfteien sollte als Zeuge darüber aussagen, welche Auskunftei ihm eine bestimmte Auskunft gegeben habe. Das OLG hielt den Abonnenten nicht nach § 383 I Nr. 5 ZPO zur Zeugnisverweigerung berechtigt, da ihm die Mitteilung nicht "kraft seines Amtes, Standes oder Gewerbes", sondern allein auf Grund des zwischen ihm und der jeweiligen Auskunftei bestehenden Vertrages anvertraut worden seien. Dasselbe würde für den Mandanten eines Rechtsanwalts gelten.

A. Der Konsultierte muß die Tatsache in seiner Eigenschaft als Anwalt erfahren haben

I. Es muß ein Anwalt konsultiert worden sein

1. Die berufliche Qualifikation des Geheimnisträgers

Nach englischem Recht muß derjenige, der die rechtliche Beratung ausführt, als Anwalt zugelassen sein[1]. Der Angehörige einer anderen Berufsgruppe kann sich nicht darauf berufen, daß er die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, bei Ausübung einer auch mit seinem Beruf gelegentlich verbundenen rechtsberatenden Funktion erfahren hat[2]. Wer zum Zeitpunkt der Rechtsberatung nicht Anwalt war, unterliegt der allgemeinen Zeugnispflicht. Grundsätzlich gilt das auch im deutschen Recht. Wegen der generalklauselartigen Fassung des § 383 I Nr. 5 ZPO ist jedoch möglich, daß diese Bestimmung den Zeugen auch als Angehörigen einer anderen Berufsgruppe erfaßt.

Seit Calley v. Richards[3] schützt das englische Recht den Mandanten als Geheimnisherrn aber auch dann, wenn er irrtümlich davon ausgeht, daß sein Rechtsberater zugelassener Anwalt ist. Also kann auch der vermeintliche Anwalt sein Zeugnis verweigern. Dieses Ergebnis läßt sich rechtfertigen, wenn der Geheimnisherr schuldlos oder nur fahrlässig gehandelt hat. Vertraute er grobfahrlässig darauf, daß sein Rechtsberater zugelassener Anwalt ist, kann er die Aussage nicht mehr verweigern, weil nach englischem Zivilrecht grobfahrlässige Unkennt-

---

1 Vgl. Wigmore, § 2300, S. 580.
2 Slade v. Tucker (1880), 14 Ch.D. 824 (828). Siehe auch Wilson v. Rastall (1792), 4 Term. Rep. 753: Dort verweigerte man einem under-sheriff, der zwar im Zeitpunkt der Verhandlung, jedoch nicht zu der Zeit der Rechtsberatung Anwalt war, den Schutz des Privilegs.
3 (1854), 19 Beav. 401.

nis der Kenntnis gleichsteht[1].

Ob sich ein ausländischer Anwalt auf das Privileg oder das Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann, richtet sich nach der lex fori. Denn diese entscheidet nach englischem[2] und deutschem Recht[3] über das Verfahrensrecht und damit über alle Fragen, die die Zulässigkeit von Beweisaufnahmen betreffen. Seit Lawrence v. Campbell[4] und Re Duncan[5] gilt es in England als gesichert, daß ein ausländischer Anwalt in einem englischen Verfahren ebenso privilegiert ist wie ein englischer Anwalt. Entsprechendes muß im deutschen Recht gelten[6]. Allerdings ist das nationale Recht dafür maßgebend, ob jemand Anwalt ist.

2. Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht für Gehilfen des Anwalts

Neben Solicitors oder Barristers können sich auch deren Bürokräfte und sonstige Gehilfen auf das Privileg berufen, wenn sie bei ihrer Tätigkeit von dem Geheimnis erfahren haben[7]. Die englische Rechtsprechung faßt den Ge-

---

1 Goff & Jones, The Law of Restitution (1966), S. 5oo f.
2 Vgl. Cheshire-North, Cheshire's Private International Law (197o), S. 67o; Dicey-Morris, On the Conflict of Laws (1967), S. 1o99.
3 Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht (1969), § 7 II 1; Soergel-Siebert-Kegel, 1o. Aufl., Anm. 389, 429 vor Art. 7 EGBGB.
4 (1859), 62 Eng. Rep. 186.
5 [1968] P. 3o6. Nach dieser Entscheidung kommt es auch nicht darauf an, ob die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant der Vorbereitung von Rechtsstreitigkeiten vor englischen oder ausländischen Gerichten diente.
6 So auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 3, 6; Kulischer, JW 1931, 122; a.A. Sommer, LeipzZ 1932, 85.
7 Denn die Anwälte können nicht die gesamten, mit ihrem Beruf verbundenen Aufgaben selbst erledigen und sind deshalb auf die Hilfe des genannten Personenkreises angewiesen: So Taylor v. Foster (1825), 172 Eng. Rep. 89; vgl. auch Taylor, On Evidence, Vol. I (1931), § 92o, S. 581.

hilfenbegriff dabei sehr weit[1]. Verneint hat sie die Gehilfeneigenschaft bisher nur, wenn die fragliche Person gegenüber dem Anwalt eine eigene Entscheidungsbefugnis hatte: In Jones v. Great Central Railway Co.[2] hatte ein Gewerkschaftsmitglied, das von seinem Arbeitgeber entlassen worden war, der Gewerkschaft Unterlagen über die näheren Umstände seiner Entlassung zukommen lassen. Die Gewerkschaft sollte auf Grund der gelieferten Informationen darüber entscheiden, ob er auf ihre Kosten und mit Hilfe ihres Solicitors Kündigungsschutzklage erheben könnte. In einem späteren Rechtsstreit wurde Einsicht in die Unterlagen verlangt. Das Gericht gab dem statt und lehnte ein Privileg mit der Begründung ab, daß die Gewerkschaft nicht als Gehilfe des Solicitors tätig geworden sei[3].

Auch in der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist das Zeugnisverweigerungsrecht anwaltlicher Gehilfen anerkannt. So erlaubte das Reichsgericht[4] dem Bürovorsteher eines Notars, sein Zeugnis zu verweigern. Er sollte darüber aussagen, ob der Beklagte nach Anfertigung eines Vertragsentwurfs durch den Notar in dessen Büro gegenüber der Klägerin auf einer notariellen Beurkundung des

---

1 Vgl. Taylor, On Evidence, Vol. I, § 92o, S. 581: "The protection extends to all necessary organs by which such communications are effected." So wird das Privileg seit Du Barré v. Livette (1791), 1 Peake 1o8, auch Übersetzern gewährt.

2 [191o] A.C. 4.

3 Vgl. Jones v. Great Central Railway Co., a.a.O., S.6: "Both client and solicitor may act through an agent, and therefore communications to or through the agent are within the privilege. But if communications are made to him as a person who has himself to consider and act upon them, then the privilege is gone; and this is because the principle which protects communications only between solicitor and client no longer applies. Here documents are in existence relating to the matter in dispute which were communicated to some one who was not a solicitor, nor the mere alter ego of a solicitor."

4 RGZ 54, 36o. Siehe dazu Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 B zu § 383 ZPO; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. II 5 a zu § 383 ZPO.

Vertragsabschlusses bestanden hatte. Der Entscheidung ist zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zuzustimmen: Das Reichsgericht hat die in § 383 I Nr. 5 ZPO vorausgesetzte Schweigepflicht des Bürovorstehers aus dem zwischen ihm und dem Notar bestehenden Dienstverhältnis abgeleitet. Diese Schweigepflicht kann aber ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO nicht begründen. Denn dafür kommt es nicht auf eine Verpflichtung zwischen dem Geheimnisträger und einem Dritten, sondern allein auf eine gegenüber dem Geheimnisherrn begründete Schweigepflicht an[1]. Nur dieses Vertrauensverhältnis will die Zivilprozeßordnung schützen. Da § 383 I Nr. 5 ZPO die strafrechtliche Regelung der beruflichen Geheimhaltungspflichten ergänzt, ist die Schweigepflicht des Anwaltsgehilfen heute vor allem aus § 3oo II 1 StGB herzuleiten.

3. Die Beteiligung von Hilfspersonen des Mandanten

Außer den Hilfspersonen des Anwalts privilegiert das englische Recht auch Hilfspersonen des Mandanten[2]. Das ist konsequent, weil sich außer dem Anwalt auch der Mandant auf das Privileg berufen kann[3].

Weil nach Common Law der Kreis der privilegierten Gehilfen relativ groß sein kann, hat seine genaue Abgrenzung den Gerichten Schwierigkeiten bereitet:

---

1 Vgl. auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. II 2 zu § 385 ZPO; RG HRR 28, Nr. 1361.

2 Cross, On Evidence, S. 24o; Reid v. Langlois (1849), 1 Mac. & G. 627; Hooper v. Gumm (1862), 2 John. & H. 6o2; Bunbury v. Bunbury (1839), 2 Beav. 173.

3 Phipson, On Evidence, § 585, S. 248. Der Mandant ist aber nicht mehr geschützt, wenn die Hilfsperson in einem Prozeß aussagen soll, an dem der Mandant nicht beteiligt ist; vgl. Schneider v. Leigh, [1955] 2 All E.R. 173; Phipson-Elliott, Phipson's Manual of the Law of Evidence (1972), S. 97.

In Wheeler v. Le Marchant[1] hatte sich ein Mandant mit seinem Solicitor darüber beraten, wie hoch er seinen Grundbesitz belasten könne. Dazu hatte ein Gutachter, den der Mandant selbst beauftragt hatte, dem Solicitor einen Bericht über den Zustand des Grundstücks angefertigt. Dieses Gutachten wurde in einem Rechtsstreit beweiserheblich, der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht vorauszusehen war. Der beklagte Mandant sollte das Gutachten im Zwischenverfahren vorlegen. Er weigerte sich und berief sich auf das legal professional privilege. Das Gericht sah diese Weigerung aber als unzulässig an. Zwar sei der Gutachter als Vertreter (representative) des Mandanten tätig geworden, auch beziehe sich seine Tätigkeit auf den Gegenstand der Rechtsberatung; dies genüge aber nicht, um ihm das Privileg zuzubilligen:

"It is said that as communications between a client and his legal advisers for the purpose of obtaining legal advice are privileged, therefore any communication between the representatives of the client and the solicitor must be also privileged. That is a fallacious use of the word "representatives". If the representative is a person employed as an agent on the part of the client to obtain the legal advice of the solicitor, of course he stands in exactly the same position as the client as regards protection, and his communications with the solicitor stand in the same position as the communications of his principal with the solicitor. But these persons were not representatives in that sense. They were representatives in this sense, that they were employed on behalf of the clients, the Defendants, to do certain work, but that work was not the communicating with the solicitor to obtain legal advice. So their communications cannot be protected on the ground that they are communications between the client by his representatives and the solicitor."[2]

In Susan Hosiery v. The Minister of National Revenue[3] hatte der Mandant einen Wirtschaftsprüfer beauftragt, seinem Anwalt bestimmte geschäftliche Angelegenheiten

1 (1881), 27 Ch.D. 675.
2 a.a.O., S. 684.
3 [1969] 2 Ex.C.R. 27.

vorzutragen und mit ihm darüber zu beraten. Hier brauchte die Kommunikation zwischen Wirtschaftsprüfer und Anwalt nicht offenbart zu werden. Diese Entscheidung stützt sich auf die gleichen Kriterien wie Wheeler v. Le Marchant[1]. Die unterschiedlichen Ergebnisse beruhen darauf, daß die Sachverhalte voneinander abweichen. In Wheeler v. Le Marchant versah der Gutachter den Solicitor lediglich mit einigen Fakten, ohne daß der Mandant ihn angewiesen hatte, mit dem Anwalt auch rechtliche Fragen zu erörtern. Im zweiten Fall berichtete der Gehilfe des Mandanten dem Anwalt ebenfalls über bestimmte Fakten, darüber hinaus sprach er aber auch auf dieser Grundlage im Auftrage des Mandanten mit dem Anwalt über die Rechtslage. Allein die Eigenschaft, Hilfsperson des Mandanten zu sein, bewirkt also noch nicht, daß seine Kommunikationen privilegiert sind. Vielmehr intepretiert die englische Rechtsprechung den Gehilfenbegriff restriktiv und verlangt, daß der representative den Anwalt zu dem Zwekke aufgesucht hat, sich anstelle des Mandanten rechtlich beraten zu lassen.

Man könnte nun annehmen, daß die allgemeine Zeugnispflicht durch die bloße Erklärung umgangen werden könnte, der zur Aussage aufgeforderte Zeuge habe als Gehilfe des Mandanten oder Anwalts an der Rechtsberatung teilgenommen. Einem Mißbrauch des so weit gefaßten Privilegs versucht man dadurch entgegenzutreten, daß die durch das

---

1 [1969] 2 Ex. C.R. 27 (35): "... where an accountant is used as a representative, or one of a group of representatives, for the purpose of placing a factual situation or a problem before a lawyer to obtain legal advice or legal assistance, the fact that he is an accountant, or that he uses his knowledge and skill as an accountant in carrying out such task, does not make the communications that he makes, or participates in making, as such a representative, any the less communications from the principal, who is the client, to the lawyer; and similarly, communications received by such a representative from a lawyer whose advice has been sought are none the less communications from the lawyer to the client."

Privileg geschützte Partei in einer eidesstattlichen Erklärung (affidavit)[1] erklären muß, daß der Zeuge ihre eigene oder die Hilfsperson ihres Anwalts gewesen sei[2].

Nach deutschem Recht trägt der Mandant, wenn er sich bei Beratungen mit seinem Anwalt der Hilfe dritter Personen bedient, zu einem großen Umfang selbst das Risiko, daß das seinem Anwalt anvertraute Geheimnis offenbar wird, wenn die Hilfspersonen darüber als Zeugen vernommen werden. Er kann der Vernehmung dieser Zeugen nicht widersprechen. Auch können sich die Zeugen auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO ebensowenig berufen wie er selbst, wenn er als Zeuge aussagen muß. Eine Aussageverweigerung wäre nur dann zulässig, wenn die Zeugen auf Grund ihrer eigenen beruflichen Stellung eine Schweigepflicht gegenüber dem Mandanten hätten.

Dagegen ist der Anwalt berechtigt, gemäß § 383 I Nr. 5 ZPO das Zeugnis darüber zu verweigern, was ihm Hilfspersonen seines Mandanten mitgeteilt haben. Geheimnisherr ist in diesem Fall der Mandant, nicht der Informant. Anderer Ansicht war allerdings das OLG Düsseldorf in folgendem Fall[3]: Ein Anwalt sollte auf Verlangen seines Mandanten über Mitteilungen aussagen, die ihm der von diesem beauftragte Schwiegersohn gemacht hatte. Der Schwiegersohn hatte zuvor die Aussage nach § 383 I Nr. 3 ZPO verweigert. Der Anwalt berief sich auf sein berufliches Zeugnisverweigerungsrecht. Er meinte, daß er der allgemeinen Zeugnispflicht nur dann unterläge, wenn ihn der Schwiegersohn seines Mandanten von seiner Schweigepflicht entbunden hätte. Das OLG Düsseldorf gab ihm darin Recht. Es nahm an, daß der Schwiegersohn dem Anwalt alle Mitteilungen, die die Führung des Prozesses angingen, im Sinne der

---

1 Siehe dazu Curti, Englands Zivilprozeß, S. 77 f.
2 Vgl. Lyell v. Kennedy (1884), 27 Ch.D. 1 (19). Zu den Schwächen dieses Verfahrens siehe unten 2. Teil, 1. Abschnitt, B, II, 2, a.
3 JW 1924, 1265 mit Anmerkung von Friedlaender.

§§ 383 I Nr. 5 ZPO und 3oo StGB vertraulich gemacht und daher mit ihm ein Vertrauensverhältnis begründet habe. Der Anwalt könne daher nur mit Einverständnis des Schwiegersohnes entbunden werden. Ein Einverständnis fehle aber, da dieser selbst das Zeugnis verweigert habe.

Das OLG Düsseldorf wollte also § 383 I Nr. 5 ZPO zugunsten der Hilfsperson des Mandanten anwenden, wenn diese mit dem Anwalt ein eigenes Vertrauensverhältnis begründet hat. Sie selbst, nicht der, für den sie die Mitteilung gemacht hat, wurde als der durch § 383 I Nr. 5 ZPO Geschützte angesehen. Das Gericht berücksichtigte nicht, daß der Schwiegersohn die Tatsache, über die der Anwalt aussagen sollte, diesem nicht als eigenes Privatgeheimnis, sondern als das des Mandanten anvertraut hatte. Dieser kam daher nur als der durch das anwaltliche Zeugnisverweigerungsrecht Geschützte in Betracht. Denn aus dem individualrechtlich zu verstehenden Schutzzweck des § 383 I Nr. 5 ZPO ergibt sich, daß nur derjenige geschützt wird, der zu dem Anwalt ein eigenes Vertrauensverhältnis begründet und der an der Geheimhaltung der mitgeteilten Tatsachen durch den Anwalt ein eigenes Interesse hat. Für eine Hilfsperson, die lediglich Geheimnisse des Mandanten an den Anwalt weitergibt, liegen diese Voraussetzungen nicht vor[1]. An dem Vertrauensverhältnis des Mandanten mit dem Anwalt ändert sich nichts dadurch, daß der Anwalt die Information durch eine Hilfsperson erfahren hat. Auch das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten besteht fort. Er allein hat daher die Geheimnisherrschaft und muß entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf den Anwalt von seiner Schweigepflicht entbinden können.

---

1 Ähnlich Friedlaender, JW 1924, 1265.

II. Der Anwalt muß die Tatsache im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfahren haben

Das englische und das deutsche Recht verlangen weiterhin, daß der Anwalt in seiner beruflichen Eigenschaft (§ 383 I ZPO: "kraft seines Standes") konsultiert wurde. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muß unter Berücksichtigung der jeweiligen örtlichen Lebensgewohnheiten und besonderen Umstände des Falles entschieden werden. Für den anglo-amerikanischen Rechtskreis will Wigmore[1] prima facie annehmen, daß eine dem Anwalt mitgeteilte Tatsache diesem auch in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut worden ist[2]. Das deutsche Recht kennt eine solche Annahme nicht. Vielmehr hat der Zeuge, der die Aussage verweigert, nach § 386 ZPO die Tatsachen, auf die er seine Weigerung gründet - also auch, daß ihm eine Mitteilung "kraft seines Standes" gemacht worden ist - anzugeben und glaubhaft zu machen. Die bloße Behauptung, er habe die Tatsache, auf die sich die Beweisfrage bezieht, als Anwalt erfahren, genügt also nicht. Das OLG Düsseldorf[3] nimmt zu Recht an, daß sich eine allgemeine Aussageverweigerung nur dann rechtfertigen läßt, wenn sich der Beweissatz eindeutig auf Wahrnehmungen im beruflichen Verkehr beschränkt[4]. In England hat man den Tätigkeitsbereich des Anwalts relativ weit gefaßt:

"The conversation to secure this privilege must be such as, within a very wide and generous ambit of interpretation, must be fairly referable to the relationship, but outside that boundary the mere fact that a person speaking is a solicitor, and the person to whom he speaks is his client affords no protection."[5]

---

1 Evidence, § 2303, S. 584.
2 Hat der Anwalt dieses eidlich bekräftigt, ist das Gericht daran gebunden, vgl. Morgan v. Shaw (1854), 27 Beav. 1400.
3 MDR 1951, 681 (682).
4 Ähnlich schon OLG Hamburg, OLGE 19, 109.
5 Minter v. Priest, [1930] A.C. 558 (568) (H.L.).

Es genügt also, daß die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant zu berufstypischen Tätigkeiten (d.h. Beratungen in Rechtsfragen und Rechtsbeistand in beabsichtigten und anhängigen Prozessen) in einem feststellbaren Zusammenhang steht. In Turquand v. Knight[1] hatte ein Mandant seinen Anwalt, der ihn in einem Konkursverfahren beriet, beauftragt, ihm Darlehensverträge zu vermitteln. In einem späteren Prozeß des Konkursverwalters gegen einen Dritten sollte der Anwalt als Zeuge darüber aussagen, ob sein Mandant dem Beklagten, der ihm ein Darlehn gewährt hatte, das Pfandrecht an einer bestimmten Sache noch vor oder erst nach Eintritt des Konkurses verschafft hatte. Das Gericht ließ die Aussageverweigerung des Anwalts zu, weil er die fraglichen Tatsachen in Verbindung mit dem Auftrag zur Darlehnsvermittlung erfahren hatte. Ihr enger Zusammenhang mit der Rechtsberatung in Konkursfragen lasse vermuten, daß der Anwalt von ihnen ebenfalls in seiner beruflichen Eigenschaft Kenntnis erlangt habe[2].

---

1 (1836), 2 Mees. & Wels. 98.

2 Ähnlich RG, JW 1903, 271: In dem Fall war der Anwalt für seinen in Konkurs geratenen Mandanten in Verhandlungen mit dessen Gläubiger und Dritten getreten. Das RG erkannte die Zeugnisverweigerung des Anwalts mit folgender Überlegung an: "Auch wenn einem Rechtsanwalte die Besorgung außerprozessualer Angelegenheiten übertragen wird, geschieht dies regelmäßig mit Rücksicht auf die dem Anwalt innewohnenden Rechtskenntnisse und mit Beziehung auf seinen Beruf, der ihn besonders befähigt, einem Dritten im geschäftlichen Verkehre wirksam zu vertreten. Man kann nicht sagen, weder im Fall einer Generalvollmacht noch bei der Erteilung eines einzelnen Auftrags, daß die vom Anwalt auf Grund der Vollmacht geübte Tätigkeit neben seinem Berufe liege und...daß er hierbei als Privatperson außerhalb seines anwaltlichen Pflichtenkreises auftrete. ... Der Zweck der Vorschrift der ZPO [würde vereitelt werden], wenn es gestattet wäre, die zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen zwar nicht zur Kundgabe unmittelbar anvertrauter Tatsachen, wohl aber zur Offenbarung solcher Wahrnehmungen, eigener Handlungen und Erklärungen zu zwingen, die mit jenen im engsten Zusammenhang stehen."

Nicht immer ist es den englischen Gerichten gelungen, in den einschlägigen Fällen eine überzeugende Abgrenzung vorzunehmen. So ist nicht klar, weshalb man das Privileg zwar für ein Gespräch anerkannt hat, in dem der Mandant seinen Anwalt gebeten hatte, ein Darlehn zum Kauf einer Liegenschaft zu beschaffen[1], dies aber abgelehnt hatte für einen Briefwechsel, der Verhandlungen betraf, die der Anwalt geführt hatte, um für seinen Mandanten eine Liegenschaft zu kaufen[2].

In drei Fällen hat das englische Recht ein Privileg allerdings immer ausgeschlossen: So einmal, wenn die Kommunikation dem Bereich gesellschaftlicher Gefälligkeiten zuzuordnen war[3]; weiterhin dann, wenn bei der Tätigkeit des Anwalts für seinen Klienten eigene wirtschaftliche Interessen im Vordergrund standen: zum Beispiel, wenn er als Darlehnsgeber oder Pfandgläubiger mit seinem Mandanten Rechtsgeschäfte abgeschlossen hatte[4]; und schließlich in den Fällen, in denen der Anwalt dem Mandanten nicht rechtliche, sondern nur tatsächliche Auskunft gab: So lehnte das Gericht in Bramwell v. Lucas[5] ein Privileg ab, weil der Anwalt lediglich über Tatsachen Auskunft gegeben hatte, die auch jeder Dritte hätte erteilen können.

Hinsichtlich der ersten Ausnahme besteht in England und Deutschland Übereinstimmung. Die Vertrauensbeziehung wird nicht geschützt, wenn der Anwalt als Freund des Mandanten nur aus Gefälligkeit Rechtsauskunft erteilt[6]. Auch im

---

1 So in Minter v. Priest, [193o] A.C. 558 (568) (H.L.).
2 Walker v. Wildman (1821), 56 Eng.Rep. 1oo7; vgl. auch Jones v. Pugh (1842), 31 Eng.Rep. 567.
3 Greenlaw v. King (1838), 1 Beav. 137.
4 Vgl. Thomas v. Rawlings (1859), 27 Beav. 14o: der Solicitor als Darlehnsgeber und Pfandgläubiger.
5 (1824), 1o7 Eng.Rep. 56o.
6 Siehe OLG Düsseldorf, MDR 1951, 681 f. Die Abgrenzung könnte hier in gleicher Weise erfolgen, wie sie die Rechtsprechung für § 676 BGB entwickelt hat.

zweiten Punkt muß für § 383 I Nr. 5 ZPO Entsprechendes gelten. Hat der berufliche Status des Anwalts neben seinen primären Interessen als Gläubiger seines Mandanten nur unwesentliche Bedeutung, so läßt der gemeinsame Zweck von Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht, die Vertrauensbeziehung gerade zum Wohle des Mandanten zu schützen, eine Privilegierung ihrer Kommunikation nicht mehr zu[1]. Die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsauskunft überzeugt dagegen nicht. Zwar werden in den meisten Fällen, in denen es dem Mandanten um eine Tatsachenauskunft geht, auch Dritte eine solche erteilen können. Ergeben sich aber für den Mandanten aus den mitzuteilenden Tatsachen Konsequenzen rechtlicher Art, so kann er im Einzelfall sehr daran interessiert sein, bereits auf die Tatsache selbst die Aufmerksamkeit Dritter so lange nicht zu lenken, wie die Rechtsberatung mit seinem Anwalt nicht abgeschlossen ist. Dies trifft gerade für den schon genannten Fall Bramwell v. Lucas zu. Dort hatte der in Konkurs befindliche Mandant seinen Anwalt gefragt, ob dieser mit den Gläubigern bereits eine Vereinbarung über seine, des Mandanten, Teilnahme an einer Gläubigerversammlung getroffen habe. Nur dann sei er bereit, daran teilzunehmen, weil er nicht Gefahr laufen wolle, verhaftet zu werden. Ob eine Verhaftungsgefahr bestand, konnte der Anwalt am sichersten beurteilen.

---

1 Das Privileg kann allerdings nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil beide, Anwalt und Mandant, in einer wirtschaftlichen Interessengemeinschaft verbunden sind. Siehe hierzu O'Rourke v. Darbishire, [1920] A.C. 581 (H.L.): In dem Fall hatte ein Treuhänder einen Solicitor, der Mittreuhänder war, aufgefordert, in einer den Trust betreffenden Sache rechtlichen Beistand zu leisten. In einem späteren Rechtsstreit wurde ein zwischen ihnen in dieser Sache geführter Briefwechsel beweiserheblich. Diesen ließ das Gericht aber als Beweismittel nicht zu, weil es keinen Unterschied machen könne, ob ein Treuhänder einen außenstehenden Anwalt konsultiere oder ob er sich an einen wende, der selbst Treuhänder sei.

B. Hinsichtlich der mitgeteilten Tatsache muß eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bestehen

Der Umfang der anwaltlichen Schweigepflicht ergibt sich aus dem mit dem Mandanten begründeten Vertrauensverhältnis. Dieses kann unterschiedlich ausgestaltet sein, je nach dem, ob die Rechtsberatung für eine oder für mehrere Personen stattgefunden hat. Von Einfluß kann auch sein, daß der Anwalt oder der Mandant mit Dritten in Verbindung tritt, die ihm die für einen Rechtsstreit erheblichen Tatsachen mitteilen oder Urkunden verschaffen. Im folgenden ist daher zu unterscheiden, ob es sich allein um Kommunikationen zwischen dem Anwalt und dem Mandanten (oder deren Hilfspersonen) oder um Kommunikationen des Anwalts oder Mandanten mit Dritten handelt.

I. Kommunikationen zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt unter Einschluß ihrer Hilfspersonen

Seitdem in Greenough v. Gaskell[1] jede Rechtsberatung, auch wenn sie zunächst keinen Bezug zu einem bestimmten Rechtsstreit hat, für schutzwürdig erklärt wurde, hat das Privileg für die erste Fallgruppe den weitesten Schutzbereich erlangt.

1. Der Umfang des Vertrauensverhältnisses

a. Zeitliche Grenzen

Kommunikationen zwischen Anwalt und Mandant, die vor Beginn oder nach Beendigung eines zwischen ihnen begründeten Vertrauensverhältnisses stattfinden, sind nicht pri-

1 (1833), 1 Myl. & K. 98.

vilegiert[1]; denn sind Beginn und Ende des Vertrauensverhältnisses für den Mandanten erkennbar, so verzichtet er mit jeder weiteren Mitteilung eines Geheimnisses an den Anwalt bewußt auf jenen Schutz, der ihm durch Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht gewährt wird.

Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht müssen aber jene Fälle erfassen, in denen noch darüber verhandelt wird, ob der Anwalt das Mandat annimmt, oder in denen der Rechtssuchende sich noch nicht darüber im klaren ist, ob er es ihm übertragen will. Man denke etwa an folgenden Fall:

Der Kläger schickt zu einem Beweistermin in A einem dort tätigen Anwalt die Akten und verweist dabei besonders auf einen Brief des zu vernehmenden Zeugen über das, was er aussagen kann. Der Brief selbst soll aber nicht vorgelegt werden. Der Anwalt lehnt das Mandat ab, weil er schon den Beklagten vertritt. Dieser verlangt im Prozeß, daß sein Anwalt über den Brief, von dem er nur auf Grund der Zusendung der Akten durch den Kläger Kenntnis erlangt hatte, aussagt. Der Anwalt beruft sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht[2].

Die englische Rechtsprechung bietet weitere Beispiele. In der leitenden Entscheidung Minter v. Priest[3] hatten Dritte einen Solicitor aufgefordert, Angaben über eine in seinem Büro stattgefundene Unterredung zu machen. Seine Gesprächspartner hatten erwogen, ihn als Anwalt zu beauftragen, hatten dann aber davon Abstand genommen. Der Solicitor hielt die Unterredung dennoch für privilegiert[4].

---

1 Vgl. Phipson, On Evidence, § 588, S. 25o.

2 Nach Friedlaender, Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 9, S. 156.

3 [1929] 1 K.B. 655.

4 Vgl. weiterhin Cromack v. Heathcote (182o), 2 B. & B. 4: In dem Fall hatte jemand einem Anwalt angetragen, eine Abtretungsurkunde zu entwerfen, was dieser aber ablehnte. Daraufhin hatte ein anderer Anwalt die Urkunde ausgestellt. Als ihre Gültigkeit wegen Betruges angefochten wurde, war zu entscheiden, ob der erste Anwalt zur Zeugenaussage gezwungen werden konnte.

In beiden Fällen ist ein Schutz des Mandanten geboten; denn solange ein potentieller Mandant nicht sicher sein kann, ob der Anwalt seinen Auftrag annimmt, muß er die Gewähr haben, daß Mitteilungen an diesen Anwalt der Öffentlichkeit nicht ohne weiteres zugänglich sind, also auch nicht der allgemeinen Zeugnispflicht unterliegen[1]. Anderenfalls könnte er sich gehindert sehen, überhaupt einen Anwalt zu konsultieren. In Minter v. Priest nahm das Gericht deshalb an, daß ein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant in dem Augenblick begründet werde, in dem der Anwalt den Rechtssuchenden nach seinem Anliegen frage[2]. Greer, L.J., erklärte, das Privileg könne nicht davon abhängen, ob das Mandat angenommen worden sei. Anderenfalls käme man zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß Kommunikationen nur dann privilegiert seien, wenn die Verhandlungen erfolgreich gewesen seien, dagegen schutzlos, wenn sie zu keinem Erfolg geführt hätten. Da das Privileg aber nicht dem Schutz des Anwalts, sondern dem Schutz des Mandanten diene, müsse es dem Rechtssuchenden auch dann zugute kommen, wenn der konsultierte Anwalt nach dessen Anhörung gemeint habe, daß er ihm nicht helfen könne[3].

Aus dem Schutzzweck von Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht folgt ebenfalls, daß das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten nur solange berücksichtigt werden kann, als der Anwalt den Auftrag nicht abgelehnt oder der Mandant diesen nicht widerrufen hat[4].

In Smith v. Fell[5] war zu entscheiden, ob den Mandanten

---

1 So auch Seiler, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre (1960), S. 196 für die Entstehung der anwaltlichen Schweigepflicht.
2 Lawrence, L.J., [1929] 1 K.B. 655 (675), bestätigt in [1930] A.C. 558 (H.L.).
3 [1929] 1 K.B. 655 (685); vgl. auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. III 8 zu § 383 ZPO mit Hinweis auf RGZ 40, 253.
4 Wigmore, Evidence, § 2304, S. 587.
5 (1841), 2 Curt. 667 (670).

seine (nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende) falsche Vorstellung schützt, daß der Anwalt in die Bestellung eingewilligt habe: Ein Solicitor war auf die Anforderung seines Mandanten, für ihn tätig zu werden, nicht ausdrücklich eingegangen. In der folgenden Unterredung ging der Mandant unzutreffenderweise davon aus, daß der Anwalt den Auftrag angenommen hatte. Das Gericht bejahte dennoch das Privileg mit der Begründung, daß die Kommunikation nicht erfolgt wäre, wenn der Mandant gewußt hätte, daß der Anwalt für ihn nicht tätig werden wollte. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Fälle dieser Art anders behandelt werden sollten als diejenigen des Irrtums über die Anwaltseigenschaft[1].

b. Rechtliche Grenzen

Die Rechtsberatung ist nicht mehr privilegiert, wenn Anwalt und Mandant zur Verfolgung ungesetzlicher Ziele zusammenwirken[2]. Das ist z.B. dann der Fall, wenn sie zur Unterstützung von Betrug und anderen Straftaten ("in

---

1 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, I, 1.

2 Systematisch wird dieser Grundsatz oft als Ausnahme zum Privileg behandelt. Auf den Streit, ob diese Einordnung korrekt ist, soll hier nicht eingegangen werden; doch sei auf eine Äußerung von Lord Cranworth, V.C., in Follet v. Jefferyes (185o), 61 Eng.Rep. 1, hingewiesen, der feststellt: "That it is not accurate to speak of cases of fraud contrived by the client and solicitor in concert together as cases of exception to the general rule. They are cases not coming within the rule itself; for the rule does not apply to all which passes between a client and his solicitor; but only to what passes between them in professional confidence; and no Court can permit it to be said that the contriving of a fraud can form part of the professional occupation of an attorney or solicitor." Vgl. auch Reynell v. Sprye (1846), 1o Beav. 51 (53).

furtherance of crime and fraud") stattfand[1]. Dieses muß für das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO in gleicher Weise gelten. Doch wäre der Anwalt gemäß § 384 I Nr. 2 ZPO in diesen Fällen berechtigt, die Aussage zu verweigern.

Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen erlaubten und gesetzwidrigen Zwecken schwierig sein. So hat Bullivant v. The Attorney-General for Victoria[2] eine von Anwalt und Mandant angestrebte Umgehung eines Steuergesetzes als rechtmäßig angesehen: Der Mandant sei berechtigt, seine Geschäfte so einzurichten, daß daraus die geringstmögliche steuerliche Verpflichtung folge. In Butler v. Board of Trade[3] konnte der Beweisführer den Ausschluß des Privilegs nicht mit der Darlegung erreichen, ein Brief des Anwalts an seinen Mandanten sei in einem Strafprozeß gegen diesen beweiserheblich. Das Gericht entschied vielmehr, daß festgestellt werden müsse, "whether there was a bona fide and reasonably tenable charge of crime or fraud and whether the letter could be shown prima facie to be preparatory to the commission of a crime or fraud"[4]. Der Umstand, daß der Anwalt seinen Mandanten in dem Brief gewarnt und ihn auf unangenehme Folgen hingewiesen habe, reiche nicht aus, ein Privileg abzulehnen.

Ein Privileg ist auch immer dann abgelehnt worden, wenn der Anwalt nicht wußte, daß sein Mandant die Rechtsaus-

---

1 Ist der Anwalt die Schlüsselfigur, ohne deren Zeugnis die Unrechtmäßigkeit des Vorhabens seines Mandanten nicht bewiesen werden kann, so schlägt Wigmore, Evidence, § 2299, S. 578, eine besondere Beweislastverteilung vor: Sobald sich Anhaltspunkte für eine vom Klienten begangene Straftat ergeben und eine Beziehung des Anwaltes dazu festgestellt werden kann, soll es dem Anwalt selbst obliegen, das Gericht in befriedigender Weise davon zu überzeugen, daß das in der Rechtsberatung erörterte Vorhaben nach seinem besten Wissen nicht gesetzwidrig gewesen ist.

2 [1901] A.C. 196.

3 [1970] 3 W.L.R. 822.

4 a.a.O.

künfte zu unrechtmäßigen Zwecken benutzte[1]. Dabei standen vor allem standesrechtliche Überlegungen im Vordergrund[2]. Diese können jedoch seit der Überwindung der "point of honour doctrine" ein Privileg nicht mehr stützen. Da das Privileg heute allein den Mandanten schützt, kommt es für den Schutzumfang nur auf seine Person an, das heißt: die Zwecke, die er mit der Rechtsberatung verfolgt, müssen mit der allgemeinen Schutzrichtung des Privilegs in Einklang stehen; für den Klienten soll ein Prozeßrisiko vermieden oder die Durchsetzung und Verteidigung seiner Rechte in einem bereits anhängigen Prozeß gesichert werden. Verfolgt der Mandant mit der Konsultation des Rechtsanwalts andere Zwecke, so bringt ihn die Tatsache allein, daß sie legal sind, nicht in den Schutz des Privilegs. Sind schon diese nicht privilegiert, so können es erst recht nicht solche sein, die rechtlich mißbilligt sind. Der Mandant verliert deshalb zu Recht den Schutz des Privilegs dann, wenn der Anwalt seine unrechtmäßigen Zwecke bewußt fördert, aber auch dann, wenn er diese unwissentlich unterstützt.

---

1 Vgl. Williams v. Quebrada Railway, Land and Copper Company, [1895] 2 Ch.D. 751; sowie folgende strafrechtliche Fälle: R. v. Avery (1838), 8 Car. & P. 596; R. v. Smith (1915), 11 Cr.App.Rep. 229; R. v. Cox and Railton (1884), 14 Q.B.D. 153; siehe hierzu auch Cross, On Evidence, S. 242; Wigmore, Evidence, § 2299, S. 578.

2 Vgl. z.B. Bovill, C.J., in Tichborne v. Lushington (1873), zitiert in R. v. Cox and Railton (1884), 14 Q.B.D. 153 (163, 172): "... if any such privilege should be contended for, or existed, it would work most grievous hardship on an attorney, who, after he had been consulted upon what subsequently appeared to be manifest crime and fraud, would have his lips closed, and might place him in a very serious position of being suspected to be a party to the fraud, and without his having an opportunity of exculpating himself..."; sowie auch Wigmore, Evidence, § 2299, S. 578.

2. Rechtsberatung für mehrere Personen

Nehmen mehrere Personen an der Rechtsberatung teil, so fragt es sich, ob die anwaltliche Schweigepflicht überhaupt entsteht und wenn ja, ob sie gegenüber den Beteiligten als Personengesamtheit oder gegenüber jedem Beteiligten, der dem Anwalt Tatsachen mitgeteilt hat, gesondert begründet wird. Praktische Bedeutung erlangt die Frage, wenn der Anwalt seine Aussage mit der Begründung verweigert, der eine oder andere Beteiligte habe ihn nicht zur Aussage ermächtigt. Je nachdem, ob und wenn ja, wem gegenüber der Anwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, ist eine Aussageermächtigung entweder nicht nötig oder sie muß von den Beteiligten gemeinsam oder von einem einzelnen erteilt werden.

a. Unterschiedliche Lösungen in England und Deutschland

Nach englischem Recht bestimmt sich der Umfang der anwaltlichen Schweigepflicht zunächst danach, ob die an der Rechtsberatung Beteiligten gemeinsame oder divergierende Interessen verfolgten. Weiterhin hängt er davon ab, ob einer der Beteiligten oder ein außenstehender Dritter das Zeugnis des Anwalts verlangt. Verfolgen die Beteiligten gemeinsame Interessen, so schützt das Privileg diese untereinander nicht. In einem später zwischen ihnen geführten Rechtsstreit muß der Anwalt daher auf Antrag eines der Beteiligten auch dann aussagen, wenn ein anderer Beteiligter widerspricht. Nur wenn der Anwalt zugunsten eines Dritten aussagen soll, ist ein gemeinsamer Verzicht auf das Privileg nötig[1]. Verfolgen die Beteiligten gegensätzliche Interessen, so schützt das Privileg grundsätzlich keinen von ihnen - weder un-

1 Wigmore, Evidence, § 2312, S. 603 f., spricht hier von "relative confidence".

tereinander noch im Verhältnis zu Dritten[1].

Für das deutsche Recht hat das Reichsgericht angenommen, daß die Schweigepflicht des Anwalts nur gegenüber derjenigen an der Rechtsberatung beteiligten Person begründet ist, von der er die Tatsache erfahren hat, über die er aussagen soll: "Auch wenn es sich um offene Aussprachen der Parteien gegeneinander im Beisein der Vertrauensperson handelt, erfährt diese das, was die eine oder die andere Partei erklärt, nur von dieser selbst und ist darum ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet."[2] Dies soll auch dann noch gelten, wenn die Partei ihre Erklärung in Gegenwart ihres Gegners abgegeben hat[3]. Daher könne regelmäßig nur der Mitteilende allein den Anwalt wirksam von seiner Schweigepflicht entbinden. Allen Beteiligten gegenüber solle die Schweigepflicht dann bestehen, wenn sich ihre Erklärungen inhaltlich nicht mehr voneinander trennen ließen. Hier enthalte die Aussage über die Erklärung des einen auch die Aussage über die Erklärung des anderen. Deshalb müßten in diesem Fall alle gemeinsam die Aussageermächtigung erteilen[4].

Auch für den Fall, daß die an der Rechtsberatung Beteiligten untereinander prozessieren, hat das Reichsgericht die Schweigepflicht des Anwalts nicht schon deshalb verneint, weil die diesem von einem Beteiligten mitgeteilte Tatsache auch allen anderen bekannt war: Hier habe der Mitteilende jedenfalls nicht auf die Verschwiegenheit des Anwalts Dritten gegenüber verzichtet. Der Anwalt würde mit der Aussage im Prozeß diese Schweigepflicht stets verletzen, da die Öffentlichkeit der Verhandlung ihr Bekanntwerden in weiteren Kreisen ermögliche[5].

---

1 Siehe Baugh v. Cradocke (1832), 1 Mood. & R. 182; Perry v. Smith (1842), 9 Mees. & Wels. 681; Warde v. Warde (1851), 3 Mac. & G. 365; Harris v. Harris, [1931] P. 1o.

2 RGZ 5o, 353 (356); ähnlich RG, SA 43, 359; unklar: RG, SA 64, 123.

3 RG, JW 1924, 4o9.

4 RGZ 5o, 353 (356).

5 A.a.O., S. 356.

b. Kritik

Hinter der englischen Lösung steht der Gedanke, daß die Interessenlage der an der Rechtsberatung Beteiligten den Umfang ihres Geheimhaltungsinteresses bestimmt und daß die Schweigepflicht des Anwalts nicht weiterreichen kann, als dieses Geheimhaltungsinteresse geht. Das Reichsgericht legte seiner Entscheidung dagegen einen absoluten Geheimnisbegriff zugrunde. Sein Argument, die Öffentlichkeit der Verhandlung gebiete eine unbedingte Schweigepflicht des Anwalts, kann jedoch nicht überzeugen. Auch für den Umfang der Schweigepflicht nach § 383 I Nr. 5 ZPO muß konkret auf das Geheimhaltungsinteresse der an der Rechtsberatung Beteiligten abgestellt werden. Denn aus der ratio des § 385 II ZPO ergibt sich, daß die anwaltliche Schweigepflicht nur soweit reichen kann, wie der Geheimnisherr an einer Geheimhaltung der dem Anwalt anvertrauten Tatsachen interessiert ist[1]. Sie kann danach auch nur jeweils im Verhältnis zu dem Personenkreis bestehen, demgegenüber der sich Mitteilende einen Geheimhaltungswillen hat[2]. Gegenüber den an der Rechtsberatung Mitbeteiligten ist ein solcher regelmäßig nicht vorhanden. Nur weil außenstehenden Dritten gegenüber ein Geheimhaltungsinteresse existiert, kann eine Tatsache, die für die Beteiligten kein Geheimnis war, auch rückwirkend keines mehr werden, wenn es zwischen ihnen zum Rechtsstreit kommt. Dies steht nicht in

1 So auch LG Augsburg, NJW 1964, 1187 (1189): "Für das Bestehen des Zeugnisverweigerungsrechts kommt es nur darauf an, ob überhaupt eine Schweigepflicht für den Zeugen besteht. Hierfür muß allein das Interesse des Patienten ausschlaggebend sein. Das Interesse des Vertrauensgebers bildet schon ein notwendiges Erfordernis des Geheimnisbegriffs und damit eine Voraussetzung der Schweigepflicht."

2 Kommt es aber auf das Geheimhaltungsinteresse an, so kann es keine Rolle spielen, in welchem (wirtschaftlichen oder rechtlichen) Zusammenhang die unter den an der Rechtsberatung Beteiligten abzuschließenden

Widerspruch zu § 18 I 2 BNotO. Danach entfällt die Schweigepflicht des Notars, wenn "die Beteiligten" ihn davon befreien. Der Vorschrift ist zwar zu entnehmen, daß nur alle Beteiligten entbinden können; diese Regelung ist jedoch dahin zu interpretieren, daß dies nur für einen Rechtsstreit eines Beteiligten mit einem Dritten gilt. Dafür spricht auch § 18 I 1 BNotO, der mit der Schweigepflicht gegen "jedermann" offensichtlich außenstehende Dritte meint.

c. Lösungsvorschläge für einzelne Fallgruppen

Nach den vorhergehenden Ausführungen kommt es also nicht nur für das englische, sondern auch für das deutsche Recht allein auf das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten an. Dies ist abschließend an den hier möglichen Fällen zu verdeutlichen. Dabei ist entsprechend der englischen Lösung zunächst zu unterscheiden, ob der Anwalt von mehreren durch gemeinsame Interessen verbundene Parteien konsultiert wird oder ob die Parteien bei der Rechtsberatung gegensätzliche Interessen verfolgen. In beiden Fällen ist zu berücksichtigen, ob der Anwalt in einem Prozeß zwischen den Beteiligten oder in einem Prozeß zwischen einem von ihnen und einem Dritten aussagen soll.

aa) Mehrere durch gemeinsame Interessen verbundene Personen können einen Anwalt zum Beispiel beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts hinzugezogen haben, um durch ihn ein

---

Forts. Fn. 2:
oder abgeschlossenen Rechtsgeschäfte stehen (so aber Wiezcorek, Anm. C III c 1 zu § 383 ZPO unter Berufung auf RGZ 53, 168). Ebenfalls ist unerheblich, ob und zu welchem Zeitpunkt die einzelnen Beteiligten den Rechtsberater beauftragten (a.A. OLG Bamberg, MDR 1969, 768). Wie hier Flor, JR 1953, 368 (369).

Beweismittel für bestimmte Vereinbarungen zu gewinnen.

(1) Wird der Anwalt in einem Prozeß, den die Beteiligten wegen dieses Rechtsgeschäfts führen, als Zeuge benannt, so kann er sich weder auf das Privileg noch auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Denn die Beziehung zwischen dem Anwalt und seinen Mandanten ist hier darauf angelegt, daß die besprochenen Tatsachen in einem späteren Rechtsstreit offenbart werden. Alle Beteiligten wollen - wenn aus dem Rechtsgeschäft ein Prozeß entsteht - einen vertrauenswürdigen Zeugen haben[1].

(2) Soll der Anwalt in einem Prozeß, der zwischen einem Beteiligten und einem außenstehenden Dritten geführt wird, als Zeuge des einen oder des anderen aussagen, ist er solange zur Verschwiegenheit verpflichtet, wie ihn nicht alle Beteiligten gemeinsam entbunden haben. Denn im Verhältnis zu Dritten haben die dem Anwalt mitgeteilten Tatsachen Geheimnischarakter[2]. Alle Beteiligten sind an der Geheimhaltung gleichermaßen interessiert.

bb) Hat der Anwalt Parteien mit gegensätzlichen Interessen beraten, so ist zu unterscheiden, ob sich die ge-

---

1 Ähnlich Wigmore, Evidence, § 2312, S. 605. In RGZ 50, 353 (356) wird für solche Fälle angenommen, die Parteien hätten auf die Verschwiegenheit des Anwalts verzichtet; zustimmend Wieczorek, Anm. C III c 2 zu § 383 ZPO.

2 Vgl. Robson v. Kemp (1802), 4 Esp. 234: In dem Fall hatte der Anwalt eine Abtretung zwischen Vater und Sohn beurkundet. Nachdem der Vater in Konkurs geraten war, wollte ein Dritter in einem späteren Prozeß gegen den Sohn beweisen, daß die Abtretung betrügerisch war und einen act of bankruptcy darstellte. Er forderte daher den Anwalt auf, für ihn als Zeuge auszusagen. Der Anwalt gab an, daß er von Vater und Sohn gemeinsam bestellt worden sei und äußerte die Ansicht, daß er zugunsten Dritter nicht über Tatsachen vernommen werden könne, die man ihm im Zusammenhang mit der Beurkundung mitgeteilt habe. Das Gericht schloß sich seiner Auffassung an.

gensätzlichen Interessen erst nach der Rechtsberatung entwickeln oder von Anfang an vorhanden sind.

(1) Entsteht der Interessengegensatz erst nach der Rechtsberatung, so sind folgende Fälle denkbar[1]:

α) Der Anwalt berät A und B gemeinsam wegen eines von beiden angestrebten Vertragsschlusses. Zwischen A und B entsteht später Streit über das Vereinbarte. In einem folgenden Prozeß benennt eine der Parteien den Anwalt als Zeugen.

β) Bei gleicher Situation hat die eine Partei mit dem gemeinschaftlich beauftragten Anwalt vor der anderen Partei geheimgehaltene Besprechungen geführt. Der Anwalt soll in einem späteren Prozeß als Zeuge der Gegenpartei darüber aussagen.

(2) Sind die gegensätzlichen Interessen von Anfang an vorhanden, so ist zu unterscheiden:

α) Der Anwalt führt Vergleichsverhandlungen zwischen A und B.

β) A konsultiert den Anwalt seines Gegners, um ihn um Stundung zu bitten.

γ) Dieselbe Situation wie β); B ist anwesend.

δ) Der Anwalt wird von A allein konsultiert. Er vertritt unabhängig davon aber auch B. A und B werden später Prozeßgegner. Der Anwalt wird von B als Zeuge benannt, um über den Inhalt einer mit A geführten Rechtsberatung auszusagen.

(1) α) Kommt es entscheidend auf das Geheimhaltungsinteresse der an der Rechtsberatung Beteiligten an, so besteht in diesem Fall eine Schweigepflicht des Anwalts zugunsten des einen oder des anderen nicht. Denn auch hier haben die Parteien im Zeitpunkt der Konsultation kein Interesse gehabt, die Tatsache, die der Anwalt bezeugen soll, einander vorzuenthalten. Vielmehr wollte eine Par-

---

1 In Anlehnung an Wigmore, Evidence, § 2312, S.6o3 f.

tei gerade die Mitteilung an die andere[1]. Nur wenn Dritte den Anwalt als Zeugen benennen, ist das Geheimhaltungsinteresse aller Beteiligten zu berücksichtigen.

(1) β) In den Fällen, in denen sich eine der den Anwalt konsultierenden Parteien im eigenen Interesse gesondert beraten läßt, wird zwischen dieser und dem Anwalt ein exklusives Vertrauensverhältnis begründet. Hier bringt der Mandant eindeutig zum Ausdruck, die dem Anwalt exklusiv mitgeteilte Tatsache vor den anderen geheimhalten zu wollen. Zu Recht stellen daher nach englischem Recht diese Fälle eine echte Ausnahme von der Regel dar, daß bei Beteiligung mehrerer an der Rechtsberatung ein Privileg ausgeschlossen ist[2]: Eine gesonderte Beratung

1 Entsprechend hat die englische Rechtsprechung in Warde v. Warde (1851), 3 Mac. & G. 365 entschieden: Eine Ehefrau (A) hatte auf Verlangen ihres Ehemannes (B) und auf Rat eines Anwalts, der für beide Eheleute beratend tätig geworden war, eine ihr gehörige Liegenschaft gegen Einräumung eines Sicherungsrechts für sie auf ihren Ehemann übertragen. Nachdem zwischen den Eheleuten ein Streit um die Einräumung eines weiteren Sicherungsrechts für A entstanden war, mußte in einem deshalb geführten Prozeß entschieden werden, ob B Beweis durch einen Briefwechsel antreten konnte, den er im Zusammenhang mit der Übertragung der Liegenschaft mit dem Anwalt geführt hatte und welcher sich in dessen Besitz befand. Das Gericht ließ den Beweis gegen den Widerspruch der Ehefrau zu. Seiner Ansicht nach war die Ehefrau nicht geschützt. Es stellte vielmehr fest, daß wegen der gemeinsamen Konsultation jeder der Ehepartner das Recht habe, vom Anwalt die Vorlage des Briefwechsels zu verlangen. Jeder der beiden könne unumschränkte Einsicht in alle Urkunden nehmen, die während der Dauer des gemeinsamen Anwalt-Mandanten-Verhältnisses in den Besitz des Anwalts gekommen seien.- In einem im Tatbestand vergleichbaren Fall hat das RG dagegen, wie oben schon angedeutet, die Zeugnisverweigerung zugelassen (vgl. RGZ 5o, 353 ff.; zustimmend Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 5, S. 154 f.). Das folgt aus seiner Auffassung, der Anwalt habe wegen der Öffentlichkeit der Verhandlung im Zivilprozeß eine absolute Schweigepflicht.

2 Vgl. Re Pickering (1883), 25 Ch.D. 247; Gouraud v. The Edison Gower Bell Telephone Company of Europe, Ltd. (1888), 59 L.T. 813; Woodhouse and Co., Ltd. v. Woodhouse (1914), 3o T.L.R. 559.

wird durch das Privileg geschützt. Entsprechendes muß aus den schon dargelegten Gründen für das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO gelten.

(2) Es bleiben die Fälle zu erörtern, in denen die Parteien bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Beratung stattfindet, Gegner sind. Sucht eine Partei einen Anwalt in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gegners auf, so will sie ein Vertrauensverhältnis zu diesem nicht begründen. Hier soll das dem Anwalt Mitgeteilte regelmäßig auch dem Gegner bekanntgemacht werden[1]. Das wird gerade dort besonders deutlich, wo die Parteien Vergleichsverhandlungen in Gegenwart ihrer Anwälte führen (Fall α). Es gilt aber auch in den Beispielsfällen β[2] und γ[3]. Da auch hier die Parteien untereinander kein Geheimhaltungsinteresse haben, kann in allen drei Fällen eine Schweigepflicht des Anwalts gegenüber der einen oder anderen Partei gar nicht entstehen. Eine Berufung auf das Privileg oder Zeugnisverweigerungsrecht ist daher ausgeschlossen[4].

Einen Sonderfall innerhalb dieser Fallgruppe stellt der vierte Fall dar. Doe v. Watkins[5] veranschaulicht noch-

---

1 Vgl. Wigmore, Evidence, § 2312, S. 6o4; a.A. RG, JW 1924, 4o9. Wie hier OLG Colmar, OLGE 2o, 324: In einem Scheidungsverfahren hatte sich der beklagte Ehemann gegenüber dem von der klagenden Ehefrau beauftragten Notar abfällig über sie geäußert. Der Notar konnte sich diesbezüglich nicht auf § 383 I Nr. 5 ZPO berufen. - Für England ist jedoch zu beachten, daß eine Sonderregelung für den Fall besteht, daß die Parteien "without prejudice" verhandelt haben (siehe hierzu oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, C, V, 2).

2 Siehe Spenceley v. Schulenburgh (18o6), 7 East 357.

3 Siehe dazu Marston v. Downes (1834), 6 Car. & P. 381. Nach Rochefoucauld v. Boustead (1896), 65 L.J.Ch. 794 bleibt der Schutz allerdings zu Recht in einem Prozeß, den einer der Beteiligten mit Dritten führt, bestehen.

4 Die Auffassung des Reichsgerichts (JW 1924, 4o9), daß die Parteien auch hinsichtlich der in Gegenwart des Gegners abgegebenen Erklärungen geschützt bleiben, ist von Wieczorek, Anm. C III c 2 zu § 383 ZPO mit Recht als zu weitgehend kritisiert worden.

5 (1837), 3 Bing.N.C. 421; siehe auch Doe v. Seaton (1834), 2 A. & E. 171.

mals die Problemstellung:

Nehmer (A) und Geber (B) eines hypothekarischen Darlehns hatten getrennt einen Solicitor zur eigenen Rechtsberatung aufgesucht. Von B beauftragt, überprüfte dieser einen ihm zugänglichen Eigentumsnachweis des A. In einem späteren Rechtsstreit zwischen A und B sollte der Solicitor darüber zugunsten des B aussagen.

In Fällen dieser Art begründet jede Partei, die den Anwalt konsultiert, mit diesem ein selbständiges Vertrauensverhältnis. Jede Partei hat ein Interesse daran, daß das ihrerseits dem Anwalt Anvertraute außenstehenden Dritten und damit auch der anderen Partei nicht bekannt wird. Da Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht den Schutz des Mandanten bezwecken, kann dieser ihn auch dann nicht verlieren, wenn der Anwalt gegen das Verbot, für Parteien mit gegensätzlichen Interessen tätig zu werden, verstoßen hat. In Doe v. Watkins wurde daher zu Recht eine Zeugenaussage des Anwalts nicht zugelassen. Es kann weiterhin nicht darauf ankommen, ob die Partei, die sich auf das Privileg beruft, gewußt hat, daß der Anwalt noch für den Interessengegner tätig war oder nicht[1].

d. Ein Sonderfall: Rechtsberatung für Gesellschaften und Vereine

Berät der Anwalt Gesellschaften, so muß unterschieden werden, ob es sich um Personalgesellschaften oder Vereine und Kapitalgesellschaften handelt.

aa) Betrifft die Rechtsberatung Angelegenheiten einer Personalgesellschaft,wie z.B. die Haftung des Gesellschaftsvermögens einer OHG, so befriedigt es nicht, die

1 So auch Wigmore, Evidence, § 2312, S. 608.

Gesellschaft "als solche" als Geheimnisherrn zu qualifizieren. Vielmehr müssen grundsätzlich die Gesellschafter als Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten auch Träger des sich darauf beziehenden Geheimhaltungsinteresses sein.

Daher müssen alle gemeinsam entbindungsbefugt sein. Das wird gerade in dem Fall deutlich, in dem ein Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter persönlich in Anspruch nimmt und der die Gesellschaft beratende Rechtsanwalt über eine diese betreffende beweiserhebliche Tatsache aussagen soll. Wäre hier der vertretungsberechtigte Gesellschafter allein befugt, den Anwalt von seiner Schweigepflicht zu entbinden, so könnte er seine Entscheidung lediglich von eigenen Interessen abhängig machen und wichtige Belange der Gesellschaft unberücksichtigt lassen. Die Offenbarung der beweiserheblichen Tatsachen würde die Interessen der Gesellschaft unmittelbar berühren. Denn solange der in Anspruch genommene Gesellschafter die gegen ihn geltend gemachte Forderung noch nicht erfüllt hat, kann der Gläubiger auf Grund der gesamtschuldnerischen Haftung aller Gesellschafter sowohl gegen die übrigen Gesellschafter als auch gegen die Gesellschaft selbst vorgehen. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob ein Gesellschafter oder mehrere gemeinsam den Anwalt konsultiert haben.

Eine selbständige Entbindungsbefugnis kann einem einzelnen Gesellschafter nur zustehen, wenn er dem Anwalt bei Gelegenheit einer für die Gesellschaft erfolgten Rechtsberatung Tatsachen anvertraut hat, die nur ihn persönlich betreffen.

bb) Berät der Anwalt Vereine und Kapitalgesellschaften, so kommen als Geheimnisherrn deren Mitglieder oder deren

Organe, insbesondere deren vertretungsberechtigte Organe[1], und der Verein bzw. die Gesellschaft selbst in Betracht. Die Mitglieder scheiden als Geheimnisherren aus. Sie werden das dem Anwalt anvertraute Geheimnis regelmäßig nicht kennen, denn die Konsultation des Anwalts obliegt nicht ihnen, sondern den Organen des Vereins oder der Gesellschaft. Hinzu kommt, daß - anders als bei den Personalgesellschaften - bei Vereinen und Kapitalgesellschaften ein Mitgliederwechsel leichter möglich und im letzten Fall die Mitgliedschaft sogar übertragbar ist[2]. Es ließen sich also, wenn zwischen der Rechtsberatung und dem Prozeß, in dem der konsultierte Anwalt aussagen soll, eine längere Zeitspanne liegt, die Inhaber der Geheimnisherrschaft nur unter großem Aufwand bestimmen.

Weiterhin kommt in Betracht, die Geheimnisherrschaft an die Person zu knüpfen, die im Zeitpunkt der Rechtsberatung die Organstellung inne hat. Dagegen ergeben sich aber wegen der Möglichkeit ihres Ausscheidens die gleichen Bedenken wie gegen eine Geheimnisherrschaft der Mitglieder. Inhaber der Geheimnisherrschaft sollte auch hier der Träger der Rechte und Pflichten sein, auf die sich das Geheimnis bezieht. Das ist der als gesondertes Gebilde gedachte Verein bzw. die Gesellschaft selbst. Die Organe nehmen das Geheimhaltungsinteresse lediglich wahr[3]. Sie müssen dann aber auch darüber entscheiden, ob der für den Verein usw. tätige Anwalt von seiner Schweigepflicht entbunden werden kann. Die Entscheidung darüber

---

1 Einschließlich des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, soweit dieser zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist: z.B. in dem Fall, in dem er für die Gesellschaft Prozesse gegen Vorstandsmitglieder führt und zu deren Vorbereitung einen Rechtsanwalt konsultiert hat.

2 Vgl. z.B. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1973), § 1o I, 1, S. 41.

3 Zu der Frage, wieweit Organmitglieder sich selbst wegen eines die Gesellschaft betreffenden Geheimnisses auf § 383 I Nr. 5 ZPO berufen können, vgl. Stebut, Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht (1972), S. 115 f.

kann jedoch nur im Interesse desjenigen getroffen werden, dem die Rechtsberatung zugute kommen soll. Eigene Geheimhaltungsinteressen dürfen dabei keine Rolle spielen.

Die Entbindungsbefugnis ist also mit der Organstellung selbst verknüpft, nicht mit der Person, die sie innehat. Bei mehrgliedrigem Vorstand können alle Vorstandsmitglieder die Entbindung nur gemeinsam erklären, da sie auch gemeinsam das Geheimhaltungsinteresse wahrnehmen[1]. Wechselt die Person, die die Organstellung innehat, so muß ihr Nachfolger über die Entbindung entscheiden. Dem steht nicht entgegen, daß dieser das Geheimnis nicht kennt. Der Rechtsanwalt ist aus dem Beratungsvertrag mit der Gesellschaft verpflichtet, ihn vollständig zu unterrichten.

II. Kommunkationen zwischen dem Anwalt und Dritten

1. Die strengeren Voraussetzungen des Privilegs

Ob und wieweit das Privileg auch Informationen umfaßt, die Dritte an den Anwalt herangetragen haben, hat man in England in folgenden Fällen erörtert: Entweder wenn eine Partei verlangt, im Rahmen des Zwischenverfahrens Notizen des gegnerischen Anwalts von Zeugenerklärungen einzusehen, die ihm gegenüber abgegeben worden sind[2]; oder wenn sie fordert, daß ihr der Anwalt seine Abschriften von Aufzeichnungen vorlegt, die sich in Händen Dritter befinden[3]; oder wenn sie Einsicht in die Berichte Drit-

1 Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft (1966), S. 134.
2 Vgl. hierzu Comerton, 15 No. Ire. L.Q. 51o (52o f.).
3 Vgl. Watson v. Cammell Laird, [1959] 2 All E.R. 757; Lambert v. Home, [1914] 3 K.B. 86.

ter über den Hergang von Unfällen[1] sowie Sachverständigengutachten[2] verlangt, die der Anwalt in Besitz hat. Die Einsichtnahme wird ihr verwehrt, wenn der gegnerische Anwalt oder sein Mandant die Erklärungen Dritter veranlaßt und diese ihre Mitteilungen von vornherein im Hinblick auf einen beabsichtigten oder bereits anhängigen Prozeß gemacht haben[3].

Nur in diesen engen Grenzen sind Äußerungen privilegiert, die Dritte zugunsten des Mandanten gemacht haben. Es genügt also nicht, daß die Information ursprünglich nicht dem Anwalt vorgelegt werden sollte, er sie aber zur Führung des Prozesses aufgegriffen hatte, oder daß umgekehrt der Dritte seine Information zwar dem Anwalt zukommen lassen wollte, sie aber ursprünglich nicht für Prozeßführungszwecke bestimmt war. Aus dem ersten Grunde hat man in Woolley v. North London Rail. Co.[4] ein Privileg abgelehnt, weil ein Angestellter einer Transportgesellschaft einen Unfallbericht nicht für den Solicitor der Gesellschaft, sondern in routinemäßiger Erfüllung seiner beruflichen Pflichten angefertigt und die Gesellschaft diesen Bericht erst später einem Anwalt zur Führung eines Rechtsstreits übergeben hatte[5]. In Chadwick v. Bowman[6] hatten Dritte dem Anwalt des Beklagten Zugang zu Unterlagen für die Verteidigung verschafft. Das Gericht hielt die Abschriften, die der Anwalt davon an-

1 z.B.: Collins v. London General Omnibus Co. (1894), 68 L.T. 831.
2 Friend v. The London, Chatham and Dover Rail. Co. (1877), 2 Ex. D. 437; Worrall v. Reich, [1955] 1 All E.R. 363.
3 Vgl. Westinghouse v. Midland Rail. (1883), 48 L.T. 462: Danach reicht es nicht aus, daß der Rechtsstreit später entstand.
4 (1869), L.R. 4 C.P. 602.
5 Vgl. auch Wheeler v. Le Marchant (1881), 27 Ch.D. 675 und Pearce v. Foster (1885), 15 Q.B.D. 114 (118 f.): "I do not think that, where documents are already in existence aliunde, the mere fact of their being handed to a solicitor for the purposes of the conduct of the action can create a privilege..."
6 (1886), 16 Q.B.D. 561.

gefertigt hatte, deshalb nicht für privilegiert, weil die Originale nicht im Hinblick auf den Rechtsstreit mit dem Kläger entstanden waren.

Der Grund für die Privilegierung der Kommunikationen mit Dritten soll nach der Rechtsprechung darin liegen, daß deren Stellung vergleichbar mit der der Anwaltsgehilfen ist, die für den Anwalt Informationen sammeln und ihm das Ergebnis ihrer Untersuchung mitteilen[1]. Eine zutreffendere Begründung läßt sich aber finden, wenn man berücksichtigt, daß sich das Privileg als Stütze des adversary system herausgebildet hat. Denn gerade bei Kommunikationen des Anwalts mit Dritten kommt es darauf an, sicherzustellen, daß die Parteien den Prozeß ungehindert vorbereiten können: Das Privileg schließt in diesen Fällen aus, daß sich eine Partei mit den ihr im Zwischenverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln die Prozeßvorbereitungen des gegnerischen Anwalts zunutze machen kann, indem sie sich vorzeitig Kenntnis über den Inhalt der von ihm gesammelten Zeugenaussagen und der von ihm veranlaßten Sachverständigengutachten verschafft.

---

1 Vgl. M'Corquodale v. Bell (1876), 1 C.P.D. 471 (481). Aus dieser Begründung könnte geschlossen werden, daß der Solicitor die dritte Person, die ihm die gewünschten Informationen beschafft, kennen muß; denn nur dann wäre der Vergleich des Dritten mit dem Anwaltsgehilfen gerechtfertigt. Man hat aber auch solche Informationen privilegiert, die dem Anwalt von dritter Seite in Form von anonymen Briefen zugingen. Nach Re Holloway (1887), 12 P.D. 167 (173), soll es nicht darauf ankommen, daß der Anwalt die Information ausdrücklich anfordert: Seine berufliche Stellung zeige Dritten an, daß sie ihm ernsthafte und für seine Sache bedeutende Informationen zusenden sollen und er diese für seinen Mandanten annehmen wolle.

2. Die Mängel der englischen Rechtspraxis

a. Die Kritik Comertons

Das Zwischenverfahren soll der Partei, die die schwächere Position in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hat, weil sie etwa in ihren Mitteln zur Erforschung des Sachverhalts beschränkt und durch Unkenntnis der dem Gegner bekannten Tatsachen in der Vorbereitung ihres Falles in unangemessener Weise benachteiligt ist, ermöglichen, ihre Ausgangsposition der des Gegners anzugleichen[1]. Verfährt das Gericht, wenn dieser sich auf das legal professional privilege beruft, so großzügig, so muß das zu Lasten der ohnehin schon benachteiligten Partei gehen. Auf solche negativen Erscheinungen in der englischen Rechtspraxis hat in neuerer Zeit Comerton[2] aufmerksam gemacht. Nach seinen Feststellungen überprüfen die Gerichte kaum noch, ob die schriftliche oder mündliche Erklärung eines Dritten an den Anwalt oder Mandanten zu Prozeßvorbereitungszwecken ("in anticipation of litigation") erfolgte; sie lassen es ausreichen, daß eine Partei dies durch affidavit beschwört. Der Richter oder Master überprüft Urkunden, die das affidavit als privilegiert bezeichnet, nur, wenn dieses widersprüchlich ist oder wenn sich aus ihm der Verdacht der Unrichtigkeit ergibt[3]. In der Regel beschränken sich die Gerichte auf derartig allgemeine Feststellungen wie in Birmingham and Midland Omnibus Co., Ltd. v. London and North Western Rail. Co.[4]: "It is a matter of experience

---

1 Vgl. Cohn, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 41 (52 ff.).
2 15 No. Ire. L.Q. 51o ff.
3 15 No. Ire. L.Q. 51o (516), Fn. 31 mit Hinweis auf Longthorn v. British Transport Commission, [1959] 2 All E.R. 32. Vgl. dazu auch Langan, Civil Procedure and Evidence, S. 228.
4 [1913] 3 K.B. 851 (859), bestätigt durch Ankin v. London and North Eastern Rail. Co., [193o] 1 K.B. 527 (C.A.).

and common knowledge that proceedings are to be anticipated and are generally threatened or pending in the event of any such accidents as that alleged by the Plaintiff herein, and it is necessary and expedient that reports should be procured as materials upon which professional advice should be taken."[1] Eine Prüfung, ob die ratio des Privilegs im Einzelfall den Schutz der von Dritten erhaltenen Information rechtfertigt, fehlt also meistens ganz.

Comerton meint, die Gerichte hätten bei genauerer Prüfung feststellen müssen, daß die Berichte neutraler Dritter nicht schutzwürdig seien. Denn auch wenn dafür eine allgemeine Vorlagepflicht bestehen würde, könnte dies den Mandanten kaum abhalten, sich seinem Anwalt anzuvertrauen[2]. Der Verfasser will den Anwendungsbereich des Privilegs weiter einschränken als es die englische Rechtsprechung bis jetzt getan hat und schlägt dazu vor, die "work product doctrine" in das englische Recht einzuführen.

Eine Auseinandersetzung mit seinem Lösungsvorschlag kann dazu dienen, unsere Auffassung von Funktion und Schutzumfang des Privilegs zu überprüfen:

Die work product doctrine wurde 1947 in den Vereinigten Staaten in Hickman v. Taylor[3] begründet und fand im Schrifttum allgemeine Beachtung[4]. Sie gilt jedoch dort nur im Zwischenverfahren. Mit ihrer Hilfe wollte man entscheiden, wie weit eine Partei mittels des "right to discovery" in die vom gegnerischen Anwalt für den Prozeß

---

1 Siehe auch The Hopper, [1925] P. 52; Patch v. United Bristol Hospitals Board, [1959] 3 All E.R. 876; Ogden v. London General Electric Rail. Co. (1933), 149 L.T. 476.

2 15 No. Ire. L.Q. 51o (514 f.).

3 329 U.S. 495.

4 Siehe z.B. Cleary, 14 Vand. L.R. 865; Kane, 31 Insurance Counsel Journal 13o; Wigmore, Evidence, § 2318, S. 621.

geleistete Vorarbeit eindringen kann[1]. Der Schutz des "work product" des Anwalts entwickelte sich auf Grund der Überzeugung, daß die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dem Anwalt im Rechtsstreit der Parteien eine wirkungsvolle Stellung zu sichern, und daß seine Arbeit zum großen Teil der Öffentlichkeit verschlossen bleiben muß, wenn er seinen Fall erfolgreich vorbereiten soll.

Comerton benutzt die work product doctrine, um zwischen dem eigentlichen legal professional privilege und dem Privileg des Anwalts, "the lawyers work product privilege" zu unterscheiden. Das erste soll dazu dienen, daß sich der Mandant seinem Anwalt völlig frei und vorbehaltslos eröffnen kann, das zweite soll dem Anwalt ermöglichen, unter Ausschluß der Öffentlichkeit zu arbeiten und die Rechtsinteressen seines Mandanten ungehindert verfolgen zu können[2]. Geschützt wird im letzten Fall nur das Material, dessen Herstellung vom Anwalt rechtliche Kenntnisse und Fähigkeiten verlangte, sein "work product"[3].

Dieser Lösungsvorschlag würde sich bei den anfangs genannten Beispielsfällen wie folgt auswirken: Notizen des Anwalts über ihm gegenüber abgegebene Zeugenerklärungen[4] unterlägen nur soweit der Vorlagepflicht als sie auf "legal questionning" zurückgingen, aber nicht mehr, wenn ihm der Zeuge seine Erklärungen lediglich diktiert hätte[5].

---

1 Vgl. Jacoby, ZZP 74 (1961), 145 (154).
2 No.Ire.L.Q. 51o f.
3 ibid., S. 519 f.
4 Zur Praxis der Einholung von Zeugenerklärungen vgl. Cohn, Der englische Gerichtstag (1956), S. 3o f.
5 Diese Einschränkung ist dem englischen Recht nicht unbekannt. Vgl. Lyell v. Kennedy (1884), 27 Ch.D. 1: Dort wurde festgestellt, daß Material, das der Anwalt zur Wahrnehmung seiner Pflichten im Prozeß zusammengestellt hat, dann nicht vorgelegt werden braucht, wenn es das Ergebnis eines Einsatzes seiner Kenntnisse und Fähigkeiten sowie seiner eigenen Nachforschungen ist. Das können im Einzelfall auch vom Anwalt angefertigte Abschriften und Auszüge aus öffentlichen Registern und anderen Dokumenten sein. Es reicht aber

Routineberichte wären sogar dann nicht mehr ohne weiteres geschützt, wenn man sie auf Formularen erstattete, die mit "Confidential Report for the Use of the Company's Solicitor" überschrieben sind[1]. Sachverständigengutachten erfaßte das Privileg gar nicht mehr[2].

b. Die eigene Stellungnahme

Da das neue Privileg einen engeren Anwendungsbereich hat, erreicht Comerton, daß objektive Tatsachen in einem größeren Umfang als bisher im englischen Zivilprozeß Eingang finden. Das gilt insbesondere für Ausführungen der Sachverständigen. Nach seiner Lösung hat eine Partei das von ihr bestellte Gutachten der anderen im Zwischenverfahren auf deren Antrag hin vorzulegen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, die antragstellende Partei könne auf Kosten ihres Gegners Vorteile aus der Tätigkeit seines Gutachters ziehen, denn nach Comerton soll der Richter in diesen Fällen die Gerichtskosten und Aufwendungen zwischen den Parteien aufteilen und - wie im amerikanischen Verfahren - discovery überhaupt nur soweit zulassen, wie dafür ein "guter Grund" ersichtlich ist[3].

Comertons Forderung, private Sachverständigengutachten nicht zu privilegieren, läßt sich jedoch mit dem tradi-

---

Forts. Fn. 5:
nicht aus, wenn jener lediglich Abschriften von stenographischen Notizen über öffentliche Verhandlungen anfertigt: so Lambert v. Home, [1914] 3 K.B. 86 (C.A.).

1 No.Ire.L.Q. 51o (522).

2 ibid.

3 Vgl. ibid., S. 523: Ob ein "guter Grund" vorliegt, soll der Richter im Rahmen seines richterlichen Ermessens frei entscheiden. Ein "guter Grund" komme in Betracht, wenn es für das zu erstellende Gutachten nur einen qualifizierten Sachverständigen gebe. (Ähnlich das amerikanische Recht, vgl. Jacoby, ZZP 74, 145 (157)).

tionellen Verfahrensziel des englischen Zivilprozesses kaum vereinbaren: Zweck des Verfahrens ist es, eine Entscheidung über den Streit der Parteien, so wie er dem Gericht vorgetragen wird, herbeizuführen; die Erkenntnis der objektiven Wahrheit ist nicht Verfahrensziel schlechthin[1]. Comerton versteht aber den Prozeß offensichtlich nicht so: "A trial is not to be regarded as a contest or game of skill. Privileges do not in any way aid the ascertainment of truth but rather they shut out the light."[2] Daß das Privileg der Wahrheitsfindung im Wege steht, nimmt das geltende Verfahrensrecht aber gerade in Kauf; mehr noch: Unter dem Gesichtspunkt der Parteiherrschaft ist das herkömmliche legal professional privilege ein Instrument zur Sicherung der sehr großen Dispositionsfreiheit der Parteien über den Prozeßstoff.

Comerton befürchtet, daß die Objektivität der Sachverständigen in der Praxis oft dadurch gefährdet ist, daß sie im Prozeß als Kläger- und Beklagten-Sachverständige auftreten[3]. Eine Parteilichkeit der Sachverständigengutachten könnte man aber im Rahmen des geltenden englischen Rechts schon dadurch vermeiden, daß man - wie es in Deutschland gemäß § 4o4 Abs. 1 ZPO geschieht - von der in R.S.C. 1965 O. 4o, r. 1 vorgesehenen Möglichkeit, einen Sachverständigen gerichtlich zu benennen, in einem größeren Umfang als bisher Gebrauch macht[4]. Eine Zweiteilung des Privilegs in ein "Mandanten-" und ein "Anwalts-Privileg" ist dazu nicht nötig.

Gegen Comertons Lösung, die zur Folge hätte, daß neben dem Mandanten auch dessen Anwalt selbst geschützt würde,

---

1 Siehe Cohn, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 35 ff.
2 15 No.Ire.L.Q. 51o (524).
3 a.a.O., S. 522.
4 Vgl. dazu Bruns, Zivilprozeßrecht, § 36 III, Fn. 7, S. 332.

erheben sich auch grundsätzliche Bedenken. Der Anknüpfungspunkt des Verfassers, die work product doctrine, hat schon in den Vereinigten Staaten keineswegs ungeteilte Zustimmung gefunden. Man wendet vor allem dagegen ein, daß Ausnahmen von Auskunfts- und Vorlagepflichten auch im Zwischenverfahren nicht den Rechtsberatern selbst, sondern ihrer Tätigkeit für den Mandanten zugute kommen soll[1]. Wie schon die work product doctrine die Stellung des Anwalts falsch interpretiert hat, so wird auch Comerton der Rolle des Anwalts und Mandanten nicht gerecht. Nach seiner Auffassung steht hinter der englischen Verfahrensmaxime "the public policy protecting the lawyer's freedom from unwarranted interference in the preparation of his clients' case where the lawyer might be inhibited unduly in developing fully his analysis of the evidence if he knows that every step of the process might be open to the scrutiny of adverse parties."[2] Seine Formulierung legt den Schluß nahe, daß das adversary system den Anwalt schützt. Er sagt aber schon wenig später: "The adversary procedure is designed to be helpful in this sphere in that two parties, each on different sides, will seek all possible facts to help their own case, and the neutral judge, or judge and jury can decide on what is placed before them, seeing both sides of the picture and trying to find the truth."[3] Diese Feststellung deckt sich mit der herkömmlichen Auffassung[4]. Danach leitet sich der sehr umfangreiche Tätigkeitsbereich des englischen Anwalts und seine bedeutende Stellung im Prozeß allein aus der großen Macht ab, die die Parteien bei der Beschaffung der Urteilsgrundlagen haben[5]. Die Inter-

1 So Cleary, 14 Vand.L.R. 865 (867).
2 15 No.Ire.L.Q. 51o (523).
3 a.a.O., S. 524.
4 Siehe oben 1. Teil, 2. Abschnitt, B, II, 2.
5 Vgl. hierzu Cohn, Das Reich des Anwalts, S. 23.

essen des Anwalts sind dabei mit den Interessen seines Mandanten identisch[1]. Der Schutz, der ihm bei der Verfolgung dieser Interessen zukommt, ist also ein Schutz zugunsten des Mandanten.

Ein Anwaltsprivileg überließe es dem Anwalt selbst zu entscheiden, ob er zum Beispiel dem Gegner Einsicht in seine Notizen gewähren will oder nicht. Entschiede er sich für deren Vorlage, so träfen die Konsequenzen kaum ihn selbst, sondern den Mandanten. Er gäbe nur den äußeren Vorteil auf, seinen Fall ungestört vorbereiten zu können, der Mandant hätte dagegen die nachteiligen Folgen zu tragen, denn die Wirksamkeit der Prozeßvorbereitungen kann davon abhängen, daß bestimmte Tatsachen für den Prozeßgegner überraschend in den Prozeß eingeführt werden. Diese Auswirkung des lawyer's work product privilege ließe sich mit der Tendenz des englischen Verfahrens, den Parteien eine möglichst starke Stellung einzuräumen, nicht in Einklang bringen. Ein selbständiges "Anwaltsprivileg" ist daher abzulehnen. Es scheint richtiger, bei einem - zugunsten des Klienten bestehenden - Privileg zu bleiben. Dieses Privileg wird schon dann sachgemäß begrenzt und vor einer mißbräuchlichen Anwendung bewahrt, wenn die Gerichte genau prüfen, ob die engen Voraussetzungen vorliegen, an die das englische Recht den Schutz der Kommunikationen des Anwalts mit Dritten knüpft.

3. Die Regelung des § 383 I Nr. 5 ZPO

Anders als im englischen sind im deutschen Recht Kommunikationen zwischen dem Anwalt und Dritten unter den

---

1 Siehe McCormick, Evidence (1954), § 91, S. 182:"Our adversary system of litigation casts the lawyer in the rôle of fighter for the party whom he represents."

gleichen Voraussetzungen geschützt wie diejenigen zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten. Auch unter den Voraussetzungen des § 383 I Nr. 5 ZPO ist Geheimnisherr nicht der Dritte, der eigene oder fremde Geheimnisse mitteilt, sondern der Mandant. Denn wie schon in dem Fall, in dem der Dritte die Mitteilungen als Bote des Mandanten macht[1], fehlt es im Verhältnis zwischen dem Anwalt und dem Dritten an der Begründung eines eigenen Vertrauensverhältnisses. Der Dritte gibt seine Geheimnisse nicht in der Erwartung preis, daß der Anwalt diese geheimhält. Er nimmt vielmehr an, daß dieser sie entweder dem Mandanten mitteilt oder sogar zur Förderung seiner Sache im Prozeß offenbart. Die mitgeteilte Tatsache wird also im Augenblick der Kundgabe an den Anwalt in das zwischen diesem und seinem Mandanten bestehende Vertrauensverhältnis einbezogen[2]. Da der Dritte die Mitteilung an den Mandanten oder die Offenbarung durch den Anwalt im Prozeß beabsichtigt, fehlt es ihm auch an einem eigenen Geheimhaltungsinteresse. An dessen Stelle tritt mit der Kundgabe an den Anwalt das des Mandanten. Er allein ist daher der Entbindungsbefugte im Sinne des § 385 II ZPO[3]. Ein eigener Geheimnisschutz kann für den Dritten selbst allerdings hinsichtlich der Tatsache entstehen, daß die Mitteilung gerade von ihm kommt[4].

---

1 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, A, I, 3.

2 Vgl. Friedlaender, JW 1924, 1265: "Wer den Rechtsanwalt zur Sache eines anderen informiert, der gibt, auch wenn es sich bis dahin um sein Geheimnis handelt, dieses Geheimnis in die Hände des andern ...Dem Anwalt aber vertraut er die Information für den Klienten an, in dessen Interesse sie verwertet oder nicht verwertet werden soll, zu dem allein der Anwalt vorher oder nachher in einem Vertrauensverhältnis steht..."

3 Vgl. Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 9, S. 157. Die Autoren wollen eine Entbindungsbefugnis des Mandanten auch dann annehmen, wenn der Anwalt einer dritten Person ausdrücklich verspricht, die mitgeteilte Tatsache geheimzuhalten, bis sie die Offenbarung genehmigt. Es soll damit verhindert werden, daß der Anwalt zum Schaden seiner Partei Schweigen bewahren muß.

4 So auch Hackel, NJW 1969, 2257.

III. Kommunikationen zwischen dem Mandanten und Dritten

Das englische Recht schützt Kommunikationen zwischen dem Mandanten und Dritten grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie die zwischen dem Anwalt und Dritten. Wird also der Mandant von seinem Gegner im Zwischenverfahren oder in der Hauptverhandlung aufgefordert, Auskunft über Informationen zu geben, die er von dritter Seite erlangt hat, so kann er sich ebenfalls auf das Privileg berufen, wenn der Dritte ihm die Mitteilung zur Prozeßvorbereitung gemacht hat. Das Privileg ist zum Beispiel dann gewährt worden, wenn Angestellte ihrem Dienstvorgesetzten[1] oder Arbeitgeber[2] Berichte zur Weiterleitung an den Anwalt der Firma übergaben, in denen Vorfälle geschildert wurden, die einen Prozeß zur Folge haben konnten.

Besondere, mit der Situation des Mandanten verknüpfte Probleme könnten sich nur dann stellen, wenn der Mandant die von Dritten erlangte Information zu dem Zeitpunkt, in dem das Privileg geltend gemacht wird, noch nicht an seinen Anwalt weitergeleitet hat. Würde das Privileg nur dann anerkannt, wenn der Anwalt von der Information Kenntnis erlangt hat, so wären auch damit nicht alle Probleme gelöst. Es müßte z.B. weiterhin untersucht werden, ob das Privileg auch dann zu gewähren ist, wenn der Anwalt den Bericht des Dritten erst nach der Aufforderung der anderen Partei zur Vorlage, aber noch vor der Verhandlung über das gegen diese Aufforderung eingelegte Rechtsmittel erhält. Wohl auch, um diesen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, entschied sich die engli-

1 So Ankin v. London and North Eastern Rail. Co., [1930] 1 K.B. 527 (C.A.); The Adam Steamship Co., Ltd. v. The London Assurance Corporation, [1914] 3 K.B. 1256 (C.A.).

2 Longthorn v. British Transport Commission, [1959] 2 All E.R. 32; Britten v. F.H. Pilcher & Sons, [1969] 1 All E.R. 491 betrifft den Bericht eines Angestellten an die Versicherung des Arbeitgebers über einen während seiner Arbeitszeit erfolgten Unfall.

sche Rechtsprechung in Southwark and Vauxhall Water Co. v. Quick[1], das Privileg bereits dann anzuerkennen, wenn der Mandant allein die Information des Dritten erlangt hat. Allerdings muß der Mandant schon bei der Beschaffung der Information die Absicht ("a bona fide intention") haben, diese zum Zwecke der Rechtsberatung einem Anwalt zu unterbreiten. Dagegen wurde es nicht als ausreichend angesehen, daß die Kenntnisnahme der Information durch den Anwalt lediglich "wünschenswert" war[2].

C. Die Tatsache muß anvertraut worden sein

Die Kommunikation ist durch Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht nur geschützt, wenn sie einen vertraulichen Charakter hat[3]. Für das anglo-amerikanische Recht berechtigt allein die Feststellung, daß ein Mandatsverhältnis vorliegt, noch nicht zu der Annahme, daß die Kommunikation zwischen den Beteiligten vertraulich gewesen sei[4]; vielmehr muß der Mandant ausdrücklich oder wenigstens konkludent[5] zu verstehen gegeben haben, daß er die Angelegenheit vertraulich behandelt wissen wolle[6]. Entsprechend verlangte das Reichsgericht für § 3oo StGB[7] und im

1 (1878), 3 Q.B.D. 315 (323).
2 So Ankin v. London and North Eastern Railway Co., [193o] 1 K.B. 527 (535).
3 Vgl. Lord Eldon in Parkhurst v. Lowten (1818), 2 Swanst. 194 (216): "... the moment confidence ceases, privilege ceases". Sowie Greenough v. Gaskell (1833), 1 Myl. & K. 98 (1o4) und Smith v. Daniell (1874), L.R. 18 Eq. 649.
4 Vgl. Wigmore, Evidence, § 2311, S. 6oo.
5 Siehe Bothomley v. Usborne (1795), Peake Add.Cas. 99 (1o1).
6 Unter vertrauliche Mitteilungen des Mandanten fallen nicht solche, die der Anwalt an den Prozeßgegner weitergeben sollte: vgl. Colon v. Colons, Ltd., [1952] 2 All E.R. 462; Griffith v. Davies (1833), 5 B. & Adol. 5o2.
7 RGSt. 13, 6o (62).

Anschluß daran das Kammergericht auch für § 383 I Nr. 5 ZPO[1], daß das Privatgeheimnis dem Anwalt "mit der ausdrücklichen Auflage des Geheimhaltens oder unter solchen Umständen...mitgeteilt oder seiner Kenntnisnahme unterworfen wurde, aus denen sich die Aufforderung des Geheimhaltens stillschweigend ergab". Diese Voraussetzung hielt das Reichsgericht zunächst dann für gegeben, wenn eine Partei ihrem prozeßbevollmächtigten Anwalt in dieser seiner Eigenschaft Mitteilungen gemacht hatte[2]. Heute gilt das für jede Kommunikation mit einem Rechtsberater innerhalb seines beruflichen Aufgabenkreises[3]. Soweit besteht zwischen beiden Rechtskreisen grundsätzliche Übereinstimmung[4]. Folgende Punkte sind jedoch noch zu klären: Erstens, ob sich der Begriff "anvertraut" nur auf Mitteilungen bezieht oder auch auf Beobachtungen, die der Anwalt im Laufe der Rechtsberatung gemacht hat. Zweitens ist zu erörtern, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Mandant seinem Anwalt die Geheimnisse dritter Personen mitteilt. Schließlich, ob der vertrauliche Charakter des Mandatsverhältnisses auch dann noch gewahrt ist, wenn Dritte bei der Beratung anwesend waren.

I. Der Schutz von Beobachtungen, die der Anwalt anläßlich der Rechtsberatung gemacht hat

1. Durch das legal professional privilege

Die Rechtslage ist in England nicht geklärt. Das Schrifttum schließt aus Greenough v. Gaskell[5] und Brown v. Fo-

1 JW 1920, 1040.
2 So RGZ 30, 382.
3 Vgl. RGZ 53, 168; 54, 360 (361); OLG Köln, MDR 1968, 931; Wieczorek, Anm. C III c 2 zu § 383 ZPO.
4 Siehe oben, 1. Teil, 1. Abschnitt, A.
5 (1833), 1 Myl. & K. 98.

ster[1], daß Beobachtungen des Anwalts nicht privilegiert sind[2]. Greenough v. Gaskell hat ein Privileg für alle Fälle abgelehnt, "where there could not be said, in any correctness of speech, to be a communication at all; as where, for instance, a fact, something that was done, became known to him, from his having been brought to a certain place by the circumstance of his being the attorney, but of which fact any other man, if there, would be equally [cognisant] ..."[3]. In Brown v. Foster meinte das Gericht, daß der Anwalt für alles, was er mit seinen Augen wahrnehme, der allgemeinen Zeugnispflicht unterliege[4]. Deshalb mußte ein Anwalt für den Beklagten bezeugen, ob ein Buch, das er als Vertreter des Klägers im Vorprozeß eingesehen hatte, damals eine bestimmte Eintragung enthalten hatte.

Aus anderen Fällen könnten jedoch gegenteilige Schlüsse gezogen werden. In Robson v. Kemp[5] erklärte Lord Ellenborough: "One sense is as privileged as another. He [the legal adviser] cannot be said to be privileged as to what he hears, but not to what he sees, where the knowledge acquired as to both has been derived from his situation as an attorney." Auch hielt man in Wheatley v. Williams[6] einen Anwalt nicht für verpflichtet, darüber auszusagen, ob dem Gericht eine Urkunde unverändert vorgelegt worden war, die ihm sein Mandant im Laufe der Rechtsberatung gezeigt hatte.

---

1 (1857), 1 Hurl. & Nor. 736.
2 So z.B. Cross, On Evidence, S. 243.
3 1 Myl. & K. 98 (1o4).
4 1 Hurl. & Nor. 736 (74o): "I agree that what passes between counsel and client ought not to be communicated and is not admissible in evidence, but with respect to matters which the counsel sees with his eyes he cannot refuse to answer." Vgl. auch Dwyer v. Collins (1852), 7 Exch. 639.
5 (18o3), 5 Esp. 52 (55).
6 (1836), 1 Mees. & Wels. 533.

Diese Widersprüche lassen sich aber auflösen. Aus der in Greenough v. Gaskell gebrauchten Formulierung: "... of which fact any other man, if there, would have been equally [cognisant]" ist zu schließen, daß das Gericht das Privileg nur für diejenigen anwaltlichen Beobachtungen abgelehnt hat, die auch jeder Dritte hätte machen können[1]. Greenough v. Gaskell hindert daher nicht, Beobachtungen zu privilegieren, die der Anwalt nur bei einer vertraulichen Rechtsberatung mit seinem Mandanten machen konnte. Diese Fälle sind in Robson v. Kemp gemeint. - Ebenso betreffen auch Brown v. Foster und Wheatley v. Williams zwei rechtlich verschiedene Situationen. Zwar sollte der Anwalt in beiden Fällen über den Zustand einer Urkunde aussagen: im ersten Fall, ob sie eine bestimmte Eintragung enthielt, im zweiten, ob sie abgestempelt war. Daß das Gericht in Brown v. Foster kein Privileg anerkannte, erklärt sich aus der Tatsache, daß in diesem Fall der Anwalt die Urkunde erst im Laufe einer öffentlichen Verhandlung in Gegenwart des Prozeßgegners zu sehen bekam[2]. Da man die Urkunde unmittelbar in die Verhandlung einführte, statt sie dem Anwalt etwa bei einer Rechtsberatung in seinem Büro vorzulegen, fehlte den Umständen, unter denen der Anwalt seine Beobachtungen machte, der vertrauliche Charakter.

Damit stützen die einschlägigen Entscheidungen nicht die Auffassung, das Privileg schütze nur Mitteilungen. Sie wäre auch zu formal. Denn sie führte dazu, daß die Aussagepflicht des Anwalts über seine Beobachtungen ausgeschlossen sein muß, wenn ihm der Mandant diese ausdrücklich bestätigt[3]. Schließlich kann ihr die umfangreiche

1 So auch Wigmore, Evidence, § 2306, S. 589 f.
2 Vgl. Hurd v. Moring (1824), 1 Car. & P. 372.
3 Man denke etwa an folgenden Fall: A, der an einem Verkehrsunfall beteiligt war, sucht unmittelbar danach einen Anwalt auf, weil er fürchtet, daß er sich durch seine Aussage gegenüber der Polizei belastet hat. Der Anwalt macht im Laufe der Rechtsberatung einige Beobachtungen, die darauf hindeuten, daß A während des

Rechtsprechung zu den Fällen entgegengehalten werden, in denen der Mandant seinem Anwalt bei der Rechtsberatung Urkunden zur Einsichtnahme oder Aufbewahrung vorgelegt hatte. Wenn der Anwalt als Zeuge über ihre Existenz[1] ihren Inhalt[2], ihre rechtswirksame Ausfertigung[3] oder über ihren Aufbewahrungsort aussagen sollte[4], hat man seine Berufung auf das Privileg stets zugelassen[5]. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb das nicht auch für andere Beobachtungen des Anwalts gelten soll.

2. Durch das Zeugnisverweigerungsrecht

Auch nach deutschem Recht setzt der Begriff "anvertraut" keine vertrauliche Mitteilung voraus, sondern erstreckt sich auf alle Tatsachen, die der Rechtsanwalt auf Grund

---

Forts. Fn. 3:
Autounfalles unter Rauschgifteinfluß gestanden hat. In einem wegen des Unfalles gegen A geführten Prozeß wird diese Tatsache beweiserheblich und der Anwalt soll für den Kläger als Zeuge aussagen. Ob der Anwalt sich auf das Privileg berufen kann oder nicht, kann nicht von dem Zufall abhängen, ob ihm der Mandant seine Beobachtungen nochmals mitgeteilt hat. Dies ließe sich mit der ratio des Privilegs nicht vereinbaren; denn soll es dem Mandanten ermöglicht werden, sich seinem Anwalt vorbehaltslos anzuvertrauen, so muß dazu auch gehören, daß er ihn unter allen Umständen und in jeder Verfassung aufsuchen kann.

1 Brard v. Ackerman (18o4), 5 Esp. N.P. 118 (119).

2 Vgl. Bulstrod v. Letchmere (1676), Freem.Ch. 5; Davies v. Waters (1842), 9 Mees. & Wels. 6o8.

3 Sandford v. Remington (1793), 2 Ves.Jun. 189.

4 Bevan v. Waters (1828), 1 Mood. & Malk. 235.

5 Davon zu unterscheiden ist die Frage, wieweit der Anwalt zur Vorlage der in seinem Besitz befindlichen Urkunden seines Mandanten verpflichtet ist: Da der Anwalt soweit als "agent" des Mandanten angesehen wird (Williams v. Ingram (19oo), 16 T.L.R. 434), unterliegt er soweit der Vorlagepflicht, als diese dem Mandanten obläge, wenn dieser sie selbst in Besitz hätte (Newton v. Chaplin (185o), 1o Com.B. 356). Die Grenzen des Privilegs ergeben sich aus Sec. 16 (1), (b) und (2) des Civil Evidence Act von 1968.

seiner Vertrauensstellung oder im Zusammenhang damit erfahren hat und bei denen der Vertrauensgeber erwarten durfte, daß sie geheimgehalten würden[1]. Dazu gehören grundsätzlich auch seine Wahrnehmungen[2]; nach einer Entscheidung des OLG Schleswig[3] auch Wahrnehmungen des Notars, die sich auf die Geschäftsfähigkeit eines Urkundsbeteiligten beziehen.

In dem Fall hatte die Klägerin an die Beklagte ein Grundstück verkauft und aufgelassen. Im Prozeß verlangte sie die Rückauflassung mit der Begründung, daß sie beim Abschluß des Kaufvertrages nicht geschäftsfähig gewesen sei. Die Beklagte berief sich zum Beweis des Gegenteils auf das Zeugnis des amtierenden Notars. Da die Klägerin ihn nicht von der Schweigepflicht entband, verweigerte der Notar die Aussage. Das Gericht hielt das für berechtigt: Man könne Art und Inhalt der Erklärungen nicht voneinander trennen, da beides Komponenten einer rechtsgeschäftlichen Erklärung seien. Zwänge man den Notar, seine Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit eines Urkundsbeteiligten preiszugeben, so geriete er unvermeidlich in Gefahr, Tatsachen mitzuteilen, welche den Inhalt der urkundlichen Erklärungen irgendwie berühren.

Wie aber schon aufgezeigt[4], besteht für eine Vertrauensperson, die mehrere Beteiligte hinzugezogen haben, damit sie in einem späteren Rechtsstreit zwischen ihnen den Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts bezeuge, im Verhältnis zu diesen keine Verschwiegenheitspflicht. Der Notar ist eine solche Vertrauensperson. Er soll sich vor der Beurkundung von der Geschäftsfähigkeit der Be-

---

1 BayObLG, NJW 1966, 1664 (1665).
2 Vgl. BayObLG, a.a.O.; RG, JW 1902, 167 (168); JW 1903, 271; OLG Naumburg, OLGE 9, 137; OLG Köln, MDR 1968, 931; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl. , Anm. III 7 zu § 383 ZPO.
3 SchlHA 1950, 89; zustimmend Stein-Jonas-Schumann/Leipold, a.a.O.
4 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, B, I, 2, c, aa (1).

teiligten überzeugen[1]. Seine Prüfungspflicht erklärt sich aus dem Interesse der Rechtsgemeinschaft, zu verhindern, daß durch materiellrechtlich unwirksame, aber formal richtig abgeschlossene Rechtsgeschäfte ein falscher Rechtsschein erzeugt wird. Entsprechend haben die an der Beurkundung unmittelbar Beteiligten ein Interesse daran, daß der Notar in einem späteren Rechtsstreit um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ihre Geschäftsfähigkeit bezeugt. Die Geschäftsfähigkeit ist insoweit keine Tatsache, auf die sich der Geheimhaltungswille erstreckt. Auf Wahrnehmungen zu ihrer Feststellung kann sich das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO daher nicht beziehen.

II. Geheimnisse dritter Personen

Ob der Anwalt auch dann die Aussage verweigern kann, wenn ihm sein Mandant Geheimnisse dritter Personen mitteilt, hat man für das legal professional privilege noch nicht entschieden. Für § 383 I Nr. 5 ZPO beschränken sich die Untersuchungen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis[2].

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden, die folgende Beispiele erläutern sollen:

1.) Der Mandant teilt seinem Anwalt im Hinblick auf ein beabsichtigtes Scheidungsverfahren Geheimnisse seiner Frau, etwa ihre Krankheiten, Einzelheiten über ihr Vorleben oder über ihre Vermögenslage mit. Oder er gibt anläßlich einer Rechtsberatung in wettbewerbsrechtlichen Fragen gegenüber seinem Anwalt Einzelheiten über die Ertragslage und die Geschäftsvorhaben eines anderen Unternehmens preis.

---

1 So früher § 28 BNotO, heute § 11 BeurkG.

2 Göppinger, NJW 1958, 241 (243); vgl. Hackel, NJW 1969, 2257.

2.) Der Mandant erzählt seinem Anwalt, den er wegen eines Autounfalls konsultiert, daß sein verheirateter Vorgesetzter mit dessen Sekretärin ein intimes Verhältnis hat[1].

Fordert z.B. der betroffene Dritte den Anwalt in einem späteren Prozeß auf, über die Mitteilungen seines Mandanten auszusagen, so dürfte der Anwalt nur dann die Aussage verweigern, wenn sein Mandant allein Geheimnisherr wäre und ihn nicht von der Schweigepflicht entbunden hat. Nach Hackel[2] ist nur der Dritte der Geheimnisherr. Auch wenn sein Geheimnis von dritter Seite einem beruflichen Geheimnisträger mitgeteilt worden sei, stehe ihm die Geheimnisherrschaft unverändert zu, weil er das Verfügungsrecht über das geschützte Rechtsgut habe. Bockelmann meint, daß neben dem Dritten auch derjenige Geheimnisherr sei, der die Mitteilung an den beruflichen Geheimnisträger mache[3].

Bei der Bestimmung des Geheimnisherrn ist folgendes zu beachten: § 383 I Nr. 5 ZPO setzt ein Vertrauensverhältnis zum beruflichen Geheimnisträger und ein Geheimhaltungsinteresse des Vertrauensgebers voraus. Zu dem Dritten, von dessen Geheimnis der Anwalt Kenntnis erlangt hat, besteht kein Vertrauensverhältnis - wohl aber zu dem Mandanten, der die Geheimnisse mitgeteilt hat. Würden Drittgeheimnisse nicht davon erfaßt, so müßte der Mandant befürchten, bei deren Kundgabe durch den Anwalt Ersatzansprüchen und Klagen seitens des Dritten ausgesetzt zu sein. Insoweit hat der Mandant auch ein eigenes Geheimhaltungsinteresse an den Drittgeheimnissen. Er muß daher als Geheimnisherr angesehen werden[4]. Die Geheimnis-

1 In Anlehnung an Hackel, NJW 1969, 2257.
2 a.a.O.
3 NJW 1958, 241 (243). Siehe auch Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 68.
4 Wie hier im Ergebnis Kohlhaas, Medizin und Recht (1969), S. 4o f.

herrschaft des Mandanten verhindert, daß Dritte sein Vertrauensverhältnis zum Anwalt beeinträchtigen können. Dieses Vertrauensverhältnis will § 383 I Nr. 5 ZPO möglichst umfassend schützen, nicht aber ein allgemeines Geheimhaltungsinteresse des Dritten, das dazu in keiner Beziehung steht. Dies wird von Hackel und Bockelmann nicht ausreichend berücksichtigt.

Dem Schutz der Drittgeheimnisse zugunsten des Mandanten, der sie mitgeteilt hat, müssen aber Grenzen gesetzt sein. Das verdeutlichen die obengenannten Beispiele. Es kann für § 383 I Nr. 5 ZPO nicht genügen, daß der Mandant seinem Anwalt die Drittgeheimnisse anläßlich der Rechtsberatung mitgeteilt hat. Denn diese Bestimmung setzt weiterhin voraus, daß die Mitteilung zum Gegenstand der Rechtsberatung in einem feststellbaren Zusammenhang steht[1]. Das trifft in den Fällen zu 1) zu, da hier jeweils ein sachlicher Zusammenhang zwischen den mitgeteilten Tatsachen und dem Zweck der Konsultation besteht. Soweit es sich dagegen um Informationen handelt, die dem Anwalt nur bei Gelegenheit der Rechtsberatung gemacht werden, also auch jedem beliebigen Dritten gemacht werden könnten, ist die Zeugnisverweigerung hinsichtlich der mitgeteilten Tatsache selbst nicht berechtigt[2]. Das gilt für den Fall 2). Dem Klatsch fehlt der notwendige sachliche Zusammenhang mit der Rechtsberatung. Schutzwürdig bleibt hier lediglich die Tatsache, durch wen und bei welcher Gelegenheit der Anwalt davon erfahren hat.

---

1 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, A, II.
2 In diesem Sinne schon Ebermayer, Der Arzt im Recht (193o), S. 46, für den Umfang der Schweigepflicht nach § 3oo StGB im Arzt-Patienten-Verhältnis.

III. Der Vertrauensschutz bei Anwesenheit Dritter

1. Mit Einwilligung des Mandanten

Hat der Mandant bei der Rechtsberatung in die Anwesenheit außenstehender Dritter, d.h. anderer Personen als etwa der Anwaltsgehilfen, eingewilligt, so soll die Beratung nach Auffassung Wigmores ihren vertraulichen Charakter verloren haben; und zwar selbst dann, wenn der Mandant die Vertraulichkeit der Konsultation ausdrücklich gewahrt wissen wollte[1]. Denn das Privileg könne nur so weit reichen als es zur Sicherung der "subjective freedom of consultation" des Mandanten notwendig sei[2]. Ein Dritter aber brauche an der Rechtsberatung nicht teilzunehmen.

Soweit es sich um eine rein zufällige Anwesenheit Dritter handelt ist Wigmore im Ergebnis zuzustimmen. Man denke etwa an den Fall, daß der Mandant das Gespräch mit dem Anwalt in dessen Büro fortsetzt, nachdem der nächste Mandant bereits eingetreten ist. Hier ließe sich der Verlust des Vertrauensschutzes allerdings schon damit begründen, daß der Mandant konkludent auf eine vertrauliche Behandlung des dem Anwalt Mitgeteilten verzichtet hat.

Eine andere Lösung erscheint jedoch dort angebracht, wo Anwalt oder Mandant den Dritten bewußt zur Rechtsberatung hinzugezogen haben; zum Beispiel, damit er sie durch seine Kenntnis rechtserheblicher Tatsachen unterstützt. Denn kann der Anwalt bereits dann die Aussage verweigern, wenn ein Dritter ihm im Auftrage des Mandanten oder aus eigener Initiative eigene oder fremde Geheimnisse mit-

---

1 Evidence, § 2311, S. 602 (603).
2 ibid.

teilt[1], so kann nichts anderes gelten, wenn der Dritte zur Unterstützung des Mandanten bei der Rechtsberatung selbst anwesend ist[2].

2. Ohne Einwilligung des Mandanten

Für Gespräche, die Dritte (etwa als Lauschende - eavesdroppers -[3]) ohne oder gegen den Willen des Mandanten gehört haben, sowie für ursprünglich privilegierte Dokumente, die in den Besitz des Prozeßgegners gelangt sind, gilt bis heute die Regel, daß das Privileg keine Informationen mehr schützt, die sich der Prozeßgegner, gleich auf welche Weise, verschafft hat[4]. Eine Folge ist, daß der Gegner aus eigenem, vorsätzlich rechtswidrigen Verhalten oder solchem Dritter einen prozessualen Vorteil erlangen kann[5].

Auf diese wenig glückliche Regelung hat man schon früh in den Vereinigten Staaten aufmerksam gemacht. Die ersten konkreten Änderungsvorschläge finden sich im Model Code of Evidence des American Law Institute von 1942[6]. Die neueren American Uniform Rules of Evidence (1953)[7] nahmen diese auf und erweiterten sie. Danach soll das Privileg in allen Fällen erhalten bleiben, in denen dritte Personen ihr Wissen

"(i) in the course of its transmittal between the client and the lawyer or
(ii) in a manner not reasonably to be anticipated by the client or
(iii) as a result of a breach of the lawyer-client relationship"

erlangt haben.

---

1 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, A, I, 3 und B, II.
2 Vgl. RG, SA 64, 123.
3 "Eavesdropping" ist in England eine Straftat.
4 Vgl. den 16. Report des Law Reform Committee, § 32, S. 13; Cross, On Evidence, S. 266 ff.
5 Wie Fn. 4.
6 Model Code of Evidence as adopted and promulgated by the American Law Institute (1942), Rule 2o9 (d), S. 144.
7 Uniform Rules of Evidence drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (1953), Rule 26, S. 179.

Die weite Fassung dieser Regel ermöglicht den Schutz auch solcher Kommunikationen, die "eavesdroppers" belauscht haben[1].

Wigmore hält die American Uniform Rules für zu weitgehend und unterstützt die herkömmliche Lösung: Der Mandant müsse das Risiko dafür tragen, daß Dritte von dem, was er dem Anwalt anvertraut habe, Kenntnis erlangen könnten[2]. Denn er verfüge größtenteils auch über die Mittel und Möglichkeiten, die Kommunikationen mit seinem Anwalt im Geheimen stattfinden zu lassen[3]. Nach Wigmores Auffassung ist der Mandant selbst dann nicht mehr privilegiert, wenn dritte Personen ihr Wissen durch betrügerische Handlungen erlangt haben. Hier wird man aber dem Mandanten selten den Vorwurf machen können, er habe unzureichende Vorsichtsmaßnahmen getroffen. Es befriedigt daher nicht, wenn er insoweit selbst das Risiko für den Verlust seines Privilegs tragen soll.

Hinter der heute noch im anglo-amerikanischen Recht geltenden Regel, wie sie Wigmore unterstützt, dürfte der Gedanke stehen, daß das Privileg der Wahrheitsfindung dann nicht mehr im Wege stehen soll, wenn dem Prozeßgegner die beweiserhebliche Tatsache einmal - gleich wie - bekanntgeworden ist. Richtigerweise kann aber das Prinzip der Wahrheitsfindung nur solange dominieren, wie der Prozeßgegner den Beweis auf eine Art und Weise erlangt hat, aus der ihm rechtlich kein Vorwurf erwachsen kann. Dagegen sollte der Schutz des Privilegs erhalten bleiben, wenn der Prozeßgegner sich den Beweis durch eigenes, rechtlich mißbilligtes Verhalten oder solches Dritter verschafft hat. Diese Abgrenzung hat das Law Reform

---

1 So der offizielle Kommentar in den Uniform Rules of Evidence zu Rule 26, S. 179.
2 Evidence, § 2325, S. 633; derselbe, Code of the Rules of Evidence in Trials at Law (1942), § 2464.
3 Evidence, § 2325, S. 633 f.

Committee für den Urkundenbeweis bereits anerkannt. Es schlug vor, den Mandanten dann zu schützen, wenn ein zu seinen Gunsten privilegiertes Dokument durch eine Straftat oder vorsätzliche unerlaubte Handlung in die Hände des Gegners gelangt ist[1]. Eine entsprechende Regelung ist aber in den Civil Evidence Act von 1968 nicht aufgenommen worden. Wahrscheinlich wollte der Gesetzgeber dieses Problem im Zusammenhang mit der in England noch sehr umstrittenen Frage der Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel gelöst wissen.

---

1 16. Report, § 32, S. 13 f.

2. Abschnitt: Die Aussageermächtigung[1]

A. Der Erklärungsbefugte

Der durch das Privileg gewährte Schutz ist zeitlich nicht begrenzt[2]. Es gilt der Grundsatz: "Once privileged, always privileged"[3]. Der Anwalt kann sich unabhängig davon, ob das Mandatsverhältnis noch besteht oder bereits erloschen ist, auf das Privileg berufen, und ist berechtigt, es noch nach dem Tode des Mandanten geltend zu machen[4]. Gleiches gilt auch für das Zeugnisverweigerungsrecht. Zwar sagt der Wortlaut des § 383 I Nr. 5 ZPO darüber nichts aus. Lehre[5] und Rechtsprechung[6] haben jedoch

1 Dieser Begriff soll im folgenden anstelle der umständlichen Unterscheidung zwischen Verzicht auf das Privileg (im englischen Recht) und Entbindung von der Schweigepflicht (im deutschen Recht) gebraucht werden.

2 Die Lehre Wigmores von der "temporary confidentiality" (Evidence, § 2314, S. 611 ff.) hat in die englische Rechtsprechung noch keinen Eingang gefunden. Vgl. dazu unten, 2. Teil, 3. Abschnitt, B, II, 1, a.

3 So Lindley, M.R., in Calcraft v. Guest, [1898] 1 Q.B. 759.

4 Vgl. Charlton v. Coombes (1863), 32 L.J.Ch. 284; Bullivant v. The Attorney-General for Victoria, [1901] A.C. 196(206). Es ist allerdings einschränkend festzustellen, daß das Privileg die Vorlagepflicht für Urkunden nur zugunsten des Mandanten und seiner Rechtsnachfolger ausschließt. Im Prozeß zwischen Dritten muß die Urkunde stets vorgelegt werden, wenn eine der Parteien von ihrem right to discovery Gebrauch macht. Vgl. Schneider v. Leigh, [1955] 2 Q.B. 195: X hatte die Y Gesellschaft verklagt. Die Gesellschaft hatte für den Prozeß ein medizinisches Gutachten über den Gesundheitszustand des X erhalten. X strengte daraufhin wegen des Gutachtens gegen den Arzt einen Prozeß wegen libel an. In diesem Prozeß war der Arzt nach Ansicht des Gerichts nicht berechtigt, die Vorlage seines Gutachtens unter Berufung auf das legal professional privilege zu verweigern. Das Privileg schütze allein die betroffene Partei im ersten Rechtsstreit, die das Gutachten zu Prozeßführungszwecken erhalten habe, also die Gesellschaft, nicht den Arzt. Vgl. dazu Cross, On Evidence, S. 241.

5 Habscheid, AnwBl. 1964, 302 (303) mit Hinweis auf § 31 II der Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts vom 2./3.5.1963; Wieczorek, Anm. C IV d 2 zu § 383 ZPO; Bosch, Grundsatzfragen, S. 83 f.

6 Vgl. z.B. BayObLG, NJW 1966, 1664 (1665); LG Augsburg, NJW 1964, 1186 (1188).

die Grundsätze übernommen, die im Zusammenhang mit § 3oo StGB für die Dauer der beruflichen Schweigepflicht entwikkelt worden sind. Sie entsprechen inhaltlich der englischen Regel[1].

Der Schutz entfällt nur durch einen Verzicht auf das Privileg, beziehungsweise, im Falle des § 383 I Nr. 5 ZPO, nur durch eine Entbindung des Anwalts von seiner Schweigepflicht gemäß § 385 II ZPO. Allein der durch Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht Begünstigte ist berechtigt, diese Erklärung abzugeben, also derjenige, der sich dem Anwalt anvertraut hat[2]. Nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe soll das auch dann gelten, wenn der Begünstigte mit dem Auftraggeber nicht identisch ist[3]. Dieser Grundsatz wurde im folgenden Fall entwickelt: Ein Arzt hatte im Auftrage einer Versicherungsgesellschaft einen Patienten untersucht. In einem späteren Rechtsstreit mit der Versicherungsgesellschaft beantragte der Patient die Vernehmung des Arztes. Dieser verweigerte die Aussage mit dem Hinweis, daß ihn die Versicherungsgesellschaft nicht von seiner Schweigepflicht entbunden habe. Das OLG Karlsruhe meinte jedoch, die Entbindungserklärung des Patienten reiche aus. Der Arzt sei daher nicht berechtigt, sein Zeugnis zu verweigern.

---

1 Wie weit das allerdings post mortem protecti gilt, ist im einzelnen noch nicht geklärt; siehe dazu unten, 2. Teil, 3. Abschnitt, B.

2 Vgl. Cross, On Evidence, S. 242; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 2 zu § 385 ZPO. Der Befugte kann ausdrücklich oder konkludent zur Aussage ermächtigen. Allgemein nimmt man eine konkludente Entbindung z.B. an, wenn der am Prozeß beteiligte Mandant seinen Anwalt für eine diesem anvertraute Tatsache als Zeugen benennt (so: Vaillant v. Dodemead (1742), 2 Atk. 524; OLG Celle, NdsRPfl. 1962, 26o; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. 3 zu § 385 ZPO); in England weiterhin auch dort, wo der Mandant seinem Prozeßgegner die Abschrift eines ursprünglich privilegierten Dokumentes zugeschickt hat (so: Swansea Corporation v. Quirk (188o), 5 C.P.D. 1o6; Caldbeck v. Boon (1872), 7 I.R.C.L. 32; Phipson, On Evidence, § 585, S. 253; anders: Corporation of Salford v. Lever (189o), 24 Q.B.D. 695).

3 NJW 196o, 1392.

Wenn dieses Ergebnis mit dem Schutzgedanken des § 383 I Nr. 5 ZPO vereinbar ist, so muß für das Anwalt-Mandanten-Verhältnis Entsprechendes gelten. Hier könnte die Frage nach der Person des Entbindungsbefugten z.B. entstehen, wenn das Mitglied einer Erbengemeinschaft einen Anwalt oder Notar beauftragt, einen erkrankten Miterben aufzusuchen, um dessen Erbausschlagung zu beurkunden (§ 1945 I BGB). Nach der Auffassung des OLG Karlsruhe wäre in einem späteren Rechtsstreit zwischen den Erben allein derjenige entbindungsbefugt, der die Ausschlagung erklärt hat. Das erscheint sachgerecht, da § 383 I Nr. 5 ZPO allein das berufliche Vertrauensverhältnis schützt. Dieses besteht nur zwischen dem Anwalt und demjenigen, der seine Dienste unmittelbar in Anspruch nimmt[1]. Das Auftragsverhältnis hat daher für das Zeugnisverweigerungsrecht keine Bedeutung.

B. Die Zeugnispflicht des Anwalts nach erteilter Aussageermächtigung

Ist die Aussageermächtigung wirksam erteilt[2], so unterliegt der Anwalt der allgemeinen Zeugnispflicht. Man war lange einhellig der Ansicht, daß er dann ohne Einschränkung aussagen müsse[3]. Dieses galt als notwendige Konsequenz der Tatsache, daß allein das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten geschützt ist. In der neueren deutschen Literatur findet sich aber verschiedentlich die Auffassung, daß der berufliche Geheimnisträger trotz

1 Im Ergebnis ebenso Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. II 2, Fn. 3o zu § 385 ZPO.
2 Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Aussageermächtigung vgl. Lenckner, NJW 1965, 321 (323).
3 Siehe z.B. Lenckner, a.a.O.

Entbindung von seiner Schweigepflicht das Recht haben könne, entgegen dem Willen des Vertrauensgebers das Zeugnis zu verweigern[1]. Allerdings betreffen diese Ausführungen allein das Arzt-Patienten-Verhältnis und die Entbindungsbefugnis des Patienten gemäß § 53 II StPO. Sie sind aber, da die Vorschriften der §§ 385 II ZPO und 53 II StPO in ihrem Inhalt nicht wesentlich voneinander abweichen, ebenfalls im Zivilprozeß und dort auch für das Anwalt-Mandanten-Verhältnis zu berücksichtigen.

I. Die Lösungsvorschläge

1. Eb. Schmidt und Bockelmann

Eb. Schmidt[2] und Bockelmann[3] lehnen es ab, die Aussagepflicht des Geheimnisträgers vom Willen des Vertrauensgebers abhängig zu machen[4]. Die Entscheidung über die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts soll stets und auch dann allein beim Geheimnisträger liegen, wenn ihn der Geheimnisherr von seiner Schweigepflicht entbunden hat: Der beruflichen (ärztlichen) Schweigepflicht liege eine individualrechtliche und eine sozialrechtliche Komponente zugrunde. Das Zeugnisverweigerungsrecht erkläre sich in erster Linie nicht aus dem Interesse des jeweiligen Geheimnisherrn am Vertrauensschutz, sondern aus dem Sozialinteresse an der Erhaltung des Arzt-Pa-

---

1 So Bockelmann, Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit (1962), S. 11 (12); Eb. Schmidt, NJW 1962, 1745 (1747); derselbe, Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses (1951), S. 17 ff.; Göppinger, NJW 1958, 241; Kaufmann, NJW 1958, 272.

2 NJW 1962, 1745 (1747 f.).

3 Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit, S. 11 f.

4 So schon RGSt. 71, 21; heute auch das BayLSG, NJW 1962, 1789.

tienten-Verhältnisses zur Förderung der Volksgesundheit. Der Geheimnisträger sei auf Grund seiner beruflichen Stellung am besten geeignet, die notwendige Abwägung zwischen dem Sozialwert der Schweigepflicht und dem Sozialwert einer gerechten Justizgewährung vorzunehmen.

2. Göppinger

Göppinger[1] will die durch die Entbindungserklärung begründete Aussagepflicht begrenzen. Es sei zu prüfen, welchen Umfang die Entbindungserklärung im Einzelfall habe. Eine Aussagepflicht bestehe nur soweit, wie der Entbindende Umfang und Tragweite seiner Erklärung überblicken könne. So beziehe sich die Entbindung im Arzt-Patienten-Verhältnis meistens nur auf solche Geheimnisse, die unmittelbar den streng medizinischen Befund beträfen. Soweit es die Natur des Arzt-Patienten-Verhältnisses mit sich bringe, daß dem Arzt weitere Tatsachen aus dem medizinischen Bereich oder über die sonstigen Lebensumstände des Patienten bekannt würden, bestehe eine Aussagepflicht nur dann, wenn sich der Patient über den Umfang seiner Erklärung im klaren gewesen sei.

3. A. Kaufmann

Nach A. Kaufmann[2] soll der Arzt zwar regelmäßig nach Erteilung der Aussageermächtigung zur Aussage verpflichtet sein. In Fällen, in denen dieser "aus schwerwiegenden medizinischen Gründen" ein Verschweigen des ihm Bekanntgewordenen für angebrachter hält, soll er jedoch unabhängig vom Willen des Patienten sein Zeugnis verweigern können.

---

1 NJW 1958, 241 (244).
2 NJW 1958, 272.

II. Kritik

Wie aus der Entstehungsgeschichte der §§ 383 I Nr. 5, 385 II ZPO hervorgeht, dienen die beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte primär individualrechtlichen Interessen; und zwar desjenigen, der darauf angewiesen ist, sich bestimmten beruflichen Geheimnisträgern anzuvertrauen[1]. Der von Eb. Schmidt und Bockelmann hervorgehobene sozialrechtliche Aspekt, daß die Allgemeinheit daran interessiert ist, sich die Tätigkeit beruflicher Geheimnisträger zu erhalten, war nur Veranlassung für die Schaffung des § 383 I Nr. 5 ZPO und seiner Vorläufer. Er kann heute nicht die Schutzfunktion dieser Bestimmung erklären, sondern lediglich helfen, den Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten, den in § 383 I Nr. 5 ZPO nur eine Generalklausel umschreibt, näher zu bestimmen[2]. Erdsiek[3] und Bosch[4] haben Eb. Schmidt und Bockelmann zutreffend entgegengehalten, daß die Anerkennung bestimmter Sozialwerte durch die Allgemeinheit nicht immer zugleich bedeuten muß, daß auch die Allgemeinheit Träger des jeweils daran geknüpften Interesses ist[5]. Träger des Geheimhaltungsinteresses ist vielmehr der Vertrauensgeber. Der berufliche Geheimnisträger kann daher nicht selbständig und unabhängig von dessen Willen entscheiden, ob er über das, was dieser ihm anvertraut hat, aussagt[6]. Zu Recht nimmt die herrschende Meinung an, daß der Geheimnisträger, wenn er gemäß § 385 II ZPO von seiner Schweigepflicht entbunden ist, der allgemeinen Zeugnispflicht unterliegt .

---

1 Siehe oben, 1. Teil, 3. Abschnitt, B.
2 Siehe oben, 1. Teil, 3. Abschnitt, C.
3 NJW 1963, 632.
4 Grundsatzfragen, S. 91, Fn. 284.
5 Siehe auch schon Roth, JW 1911, 13o.
6 Wie hier auch Lenckner, NJW 1965, 321 (323).

Davon gehen auch Kaufmann und Göppinger aus. Göppinger will jedoch im Rahmen des § 385 II ZPO berücksichtigen, daß dem Geheimnisträger auf Grund seiner beruflichen Stellung mehr Geheimnisse bekannt werden können, als es der Vertrauensgeber beabsichtigt hat. Sein Vorschlag, dessen Aussageermächtigung restriktiv zu interpretieren, führt dazu, daß § 385 II ZPO folgendermaßen gelesen werden muß: "Die im § 383 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, soweit sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind." Diese Formulierung entspricht auch dem eigentlichen Sinn des § 385 II ZPO: Der Austausch des Wortes "wenn" durch das Wort "soweit" erläutert lediglich, daß der Umfang der Entbindungserklärung auch den Umfang der Aussagepflicht bestimmt. Denn der Vertrauensgeber kann den Geheimnisträger nur soweit entbinden, als er selbst Kenntnis davon hat, was diesem bei Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit für ihn bekanntgeworden ist. In diesem Sinne will der Vertrauensgeber eine Erklärung abgeben und nur so kann seine Entbindungserklärung vom Empfängerhorizont aus verstanden werden.

Kaufmann schränkt die Aussagepflicht des beruflichen Geheimnisträgers nach § 385 II ZPO nur in bestimmten Konfliktsfällen ein. Dieser soll dann auf Grund einer Güter- und Pflichtenabwägung berechtigt sein, sein Zeugnis trotz Aussageermächtigung zu verweigern[1]. Der Gesetzgeber hat zwar Konfliktsfälle bisher nur für den Geistlichen in Art. 9 des Reichskonkordats vom 2o.7.1933 gere-

1 Damit sollte nicht - wie Bosch (Grundsatzfragen, S. 9o f.) meint - eine "autonome Entscheidung" begründet werden, wie sie für den Geistlichen besteht. Vgl. Kaufmann, NJW 1958, 272 (273): "Freilich ist der Arzt hier [d.i. im Falle der Entbindung von seiner Schweigepflicht] zur Aussage verpflichtet; aber das heißt nicht, daß er notwendig alles aussagen müßte, was ihm über den Patienten bekannt ist."

gelt. Wenn er für andere berufliche Geheimnisträger keine entsprechenden Vorschriften geschaffen hat, so besagt das nicht, daß er ihnen in jedem Fall eine eigene Entscheidung versagen wollte. Denn, wie schon aufgezeigt, hat der Gesetzgeber nicht gemeint, die Entbindung von der Schweigepflicht durch den Vertrauensgeber reiche unbedingt aus, um die Rechtsfolge des § 385 II ZPO herbeizuführen[1]. Nach den Materialien ist es zumindest nicht ausgeschlossen, daß sich der berufliche Geheimnisträger dennoch entschließen kann, das Zeugnisverweigerungsrecht geltend zu machen[2]. Für Kaufmanns Vorschlag spricht, daß die Lehre die Geltung des Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung im Beweisrecht bereits anerkannt hat; nämlich für den Fall, daß sich der Geheimnisträger zum Schutze eines höheren Rechtsgutes über seine Schweigepflicht hinwegsetzt und sich für eine Aussage entscheidet[3]. Steht der Aussagepflicht des Geheimnisträgers ein höherrangiges Geheimhaltungsinteresse entgegen, kann nichts anderes gelten.

Für das Anwalt-Mandanten-Verhältnis ergibt sich somit folgendes: Liegen die Voraussetzungen des § 385 II ZPO vor, so ist zunächst zu untersuchen, wieweit die Entbindungserklärung des Mandanten geht[4]. Erst wenn der Umfang der Entbindungserklärung feststeht, kann geprüft werden, ob der Anwalt trotz wirksamer Entbindung das Zeugnis auf Grund einer Güter- und Pflichtenabwägung zu verweigern berechtigt ist[5].

---

1 Siehe oben, 1. Teil, 3. Abschnitt, A, I.
2 Hahn-Stegemann, Materialien, S. 626.
3 Vgl. dazu Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 3 C c zu § 383 ZPO; Bosch, Grundsatzfragen, S. 84; Müller, MDR 1971, 965 (970).
4 Neben dem Geheimnisträger hat auch der Richter diesen Gesichtspunkt bei der Vernehmung des Zeugen zu berücksichtigen (§ 383 III ZPO).
5 Diese Situation wird zwar hier viel seltener auftreten als im Arzt-Patienten-Verhältnis. Man denke aber etwa an folgenden Fall: In einem Mietprozeß wird dem

C. Der Widerruf der Aussageermächtigung

Zu klären bleibt, ob und wieweit eine einmal erteilte Aussageermächtigung widerruflich ist.

Für das anglo-amerikanische Recht hat Wigmore[1] den Standpunkt vertreten, daß die Aussageermächtigung für alle Stadien der Verhandlung und auch für einen weiteren Prozeß endgültig sei[2], weil es keinen Grund mehr gäbe, das Geheimnis noch länger zu wahren. Dabei hat Wigmore offenbar unterstellt, daß der von seiner Schweigepflicht entbundene Rechtsanwalt bereits ausgesagt hat. Denn seine Begründung trifft nicht in den Fällen zu, in denen der entbundene Geheimnisträger seiner Zeugnispflicht noch nicht nachgekommen ist: Käme es auch dort allein darauf an, ob der Geheimnischarakter der Mitteilung noch

---

Fortsetzung Fußnote 5, Seite 186:
gekündigten Mieter vorgeworfen, er habe als ständiger Querulant den Mietfrieden gestört. Zum Beweis wird auf das Zeugnis seines Anwalts verwiesen, der für ihn in einer Vielzahl von Fällen bereits grundlos Beleidigungsklagen erhoben und Strafanträge gestellt habe. Der Mieter bestreitet die Vielzahl der von ihm angestrengten Verfahren nicht, behauptet aber, hierfür stets berechtigten Anlaß gehabt zu haben. Er entbindet seinen Anwalt von der Schweigepflicht. Hier wird man annehmen können, daß der Anwalt dennoch zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist, wenn er andernfalls erklären müßte, daß sein Mandant die fraglichen Verfahren grundlos angestrengt habe und damit das Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten gefährdet würde. Die Wahrung des Geheimnisses kann in einem solchen Fall von überragender Bedeutung sein, wenn es dem Anwalt nur auf Grund des zwischen ihm und dem Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses möglich gewesen war, mäßigend auf den Mandanten einzuwirken, ihn in einer Vielzahl von Streitfällen zu beschwichtigen und so seine soziale Integration aufrechtzuerhalten.

1 Evidence, § 2328, S. 638 f.

2 Im deutschen Recht stellt sich die gleiche Frage auch im Berufungsverfahren.

gewahrt ist, so müßte eine Aussageermächtigung jederzeit widerruflich sein. Dieser Gegenschluß ist jedoch nicht zulässig. Denn je nachdem, ob der Geheimnisträger bereits ausgesagt hat oder nicht, stellt sich die Frage, ob die Aussageermächtigung widerruflich ist, in einem anderen Sinnzusammenhang. Im ersten Fall gehört sie zu dem Problemkreis der Verwertbarkeit von Beweismitteln, im zweiten zu dem des Umfangs der Parteiherrschaft bei der Beweisführung. Beide Fälle sind getrennt zu untersuchen.

I. Der Widerruf einer Aussageermächtigung nach bereits erfolgter Aussage

Entschließt sich der Geheimnisherr, seine Aussageermächtigung zu widerrufen, nachdem der berufliche Geheimnisträger bereits ausgesagt hat, so kann das deutsche Recht die Verwertbarkeit seiner Aussage im Ergebnis nicht wesentlich anders beantworten als das angloamerikanische. Wie schon Wigmore für das Privileg angedeutet hat, muß die einmal erteilte Aussageermächtigung unwiderruflich sein, weil nach der Aussage des Geheimnisträgers eine wesentliche Voraussetzung für das Zeugnisverweigerungsrecht, das Geheimnis, fehlt[1]. Daran läßt sich durch den Widerruf der Einwilligungserklärung nichts ändern. Insbesondere spricht aber für die Unbeachtlichkeit des Widerrufs, daß im deutschen Recht schon im Falle einer rechtswidrigen Aussage des Geheimnisträgers, die z.B. bei Fehlen oder Versagung der Aussageermächtigung vorliegt, etwaige Sanktionen auf eine Bestrafung nach § 3oo StGB und Schadensersatzpflichten beschränkt sind. Da die herrschende Meinung

1 Evidence, § 2328, S. 639.

hier keine Sanktionen im prozessualen Bereich, etwa in Form eines Verwertungsverbotes kennt[1], kann es solche erst recht nicht für eine - auf Grund einer Entbindungserklärung erfolgte - rechtmäßige Aussage geben[2].

Mit der Aussage des Geheimnisträgers wird also eine einmal erteilte Entbindungserklärung unwiderruflich[3].

II. Der Widerruf der Aussageermächtigung vor Beginn der Zeugenaussage

Hat der von seiner Schweigepflicht entbundene berufliche Geheimnisträger noch nicht ausgesagt, so hängt die Widerrufbarkeit der Aussageermächtigung nach herrschender Meinung[4] davon ab, ob der Geheimnisherr die Entbindungserklärung dem Gericht, dem Gegner oder dem Zeugen gegenüber abgegeben hat[5]. Man will den Widerruf nur im letzten Fall, und zwar nur dann zulassen, wenn er dem Zeugen gegenüber noch vor dessen Vernehmung erklärt wur-

1 Vgl. LG Freiburg, ZZP 68 (1955), 9o (92); BGH, NJW 1963, 723 (zu § 53 I Ziff. 3 StPO); a.A. Lenckner, NJW 1965, 321 (326 f.).

2 Die h.M. hat bereits in anderen Fällen zugelassen, daß über frühere Aussagen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten auch dann (durch Zeugenvernehmung oder Verlesung des Protokolls) Beweis erhoben werden kann, wenn er sich später wieder auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Sie begründet das damit, daß es für den Zivilprozeß an einer dem § 252 StPO entsprechenden Regelung fehlt (vgl. OLG Braunschweig, NdsRpfl. 196o, 162; Bruns, Zivilprozeßrecht, § 35 IV 2, S. 318).

3 Zu § 53 StPO vgl. BGH, NJW 1963, 723.

4 Vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 2 zu § 385 ZPO; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. II 4 zu § 385 ZPO; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. II 3 zu § 385 ZPO; OLG Dresden, OLGE 31, 58; KG, OLGE 39, 57; Bruns, Zivilprozeßrecht, § 35 IV 2, S. 321; KG, JW 1916, 1144.

5 Nach OLG Hamburg, OLGE 19, 11o, hat die Aussageermächtigung nur gegenüber dem Zeugen zu erfolgen.

de[1]. In anderen Fällen stelle die Entbindungserklärung eine unwiderrufliche Prozeßhandlung dar. Die herrschende Meinung stützt sich auf ein Urteil des LG Freiburg[2] und lehnt eine Entscheidung des OLG Celle[3] ab, weil sie damit in Widerspruch stehe. Die nähere Untersuchung dieser Rechtsprechung zeigt jedoch, daß dieser Widerspruch nicht vorhanden ist.

In dem vom LG Freiburg entschiedenen Fall sollte ein Notar den Inhalt von Vertragsverhandlungen bekunden, die die späteren Prozeßparteien in seiner Gegenwart geführt hatten. Sowohl die Klägerin als Beweisführerin als auch der Beklagte hatten den Zeugen zunächst von seiner Schweigepflicht entbunden. Jeder der beiden hatte die Entbindungserklärung gegenüber dem Gericht abgegeben, der Beklagte zudem auch gegenüber der Beweisführerin. Später aber widerrief der Beklagte seine Entbindungserklärung, woraufhin der Zeuge das Zeugnisverweigerungsrecht geltend machte. Das Gericht hielt die Aussageverweigerung für nicht berechtigt. Die gegenüber Gericht und Gegner erklärte Aussageermächtigung sei eine für den Beklagten ungünstige Prozeßhandlung; denn obwohl für ihn keine Verpflichtung bestanden habe, den Zeugen von seiner Schweigepflicht zu entbinden, habe er selbst die Möglichkeit dafür geschaffen, daß der von der Beweisführerin angetretene Beweis erhoben werden könne. Diese Wirkung schließe die Widerruflichkeit der Erklärung aus.

In dem Fall des OLG Celle hatte die Beklagte geltend gemacht, daß eine über einen Grundstückskaufvertrag aufgenommene notarielle Urkunde die Vereinbarungen der Par-

1 Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O.; Bruns, a.a.O., S. 322, meint allerdings, daß es im Falle der Unwiderruflichkeit der Entbindungserklärung unangemessen sei, den Zeugen bei einem dennoch erklärten Widerruf zum Zeugnis zu zwingen; der Verfasser empfiehlt, hier die Entscheidung über die Aussage in die Hand des Zeugen zu legen, da er um die Tragweite des Interessenkonfliktes wisse.

2 ZZP 68, 9o.

3 NdsRpfl. 1962, 26o.

teien nur unvollständig wiedergäbe, und hatte sich zum Beweise ihres Vorbringens auf das Zeugnis des Notars berufen. Bevor jedoch das Gericht die Beweiserhebung angeordnet hatte, erklärte sie durch Schriftsatz, den Notar nicht von seiner Schweigepflicht entbinden zu wollen. Das Gericht lehnte daraufhin ab, den Notar zu vernehmen. Es wandte sich ausdrücklich gegen die herrschende Meinung, die die Widerruflichkeit der Entbindungserklärung davon abhängig mache, wer deren Empfänger gewesen sei. Die Erklärung sei auch dann für den Geheimnisträger bestimmt, wenn sie konkludent mit dessen Benennung als Zeuge dem Gericht gegenüber abgegeben werde, denn das Gericht solle sie an den Geheimnisträger weiterleiten. Wenn sich die Entbindungserklärung inhaltlich mit der Benennung als Zeuge decke, müsse für ihren Widerruf Entsprechendes gelten wie für den Verzicht auf den Zeugen gemäß § 399 ZPO. Die Entbindung könne also solange widerrufen werden, wie der Verzicht möglich sei.

Daß die Entbindungserklärung auch dann, wenn sie dem Gericht gegenüber abgegeben worden ist, für den Geheimnisträger erfolgt, kann die herrschende Meinung nicht bestreiten. Auf den formalen Gesichtspunkt, wer Erklärungsempfänger ist, kommt es also nicht an. Vielmehr muß maßgebend sein, welche prozessualen Folgen die Entbindungserklärung für die anderen am Rechtsstreit Beteiligten hat. Dieser Gedanke war Ansatzpunkt für die Entscheidung des LG Freiburg; er liegt letztlich aber auch - wie aus der Heranziehung des § 399 ZPO deutlich wird - der des OLG Celle zugrunde. Die prozessualen Folgen sind verschieden, je nachdem, ob die Beweisführung bei demjenigen, der die Entbindungserklärung abgibt, oder bei seinem Prozeßgegner liegt. Hierin weichen die vom LG Freiburg und OLG Celle entschiedenen Fälle voneinander ab. Bei näherer Überprüfung stellt sich deshalb heraus, daß sich die abweichenden Ergebnisse aus der unterschiedlichen La-

ge der Fälle erklären lassen und beide Entscheidungen daher miteinander vereinbar sind.

Das OLG Celle geht zutreffend davon aus, daß in dem Fall, in dem der Geheimnisherr der Beweisführer ist, Zeugenbenennung und Entbindungserklärung auf einer Ebene liegen und daher für den Verzicht auf den Zeugen und den Widerruf der Entbindungserklärung nichts anderes gelten kann[1]. Denn wäre die mit der Zeugenbenennung erfolgte Entbindungserklärung allein schon deshalb unwiderruflich, weil sie dem Gericht oder dem Gegner gegenüber abgegeben wurde, so hätte der Beweisführer, der zugleich Geheimnisherr ist, eine schlechtere Position als jeder andere Beweisführer, da ihm allein die Möglichkeit eines Zeugenverzichts verschlossen bliebe. Es muß daher grundsätzlich ein Widerruf der Entbindungserklärung solange zulässig sein, wie auch der Verzicht auf den Zeugen möglich ist; das heißt also auf jeden Fall solange, wie der Zeuge noch nicht erschienen ist. Bis dahin wirkt die Entbindungserklärung unmittelbar nur auf die prozessuale Situation des Geheimnisherrn selbst ein: Er hat sich mit ihrer Abgabe seines Zeugen "versichert", da dieser nun zur Aussage verpflichtet ist (§ 385 II ZPO). Die Prozeßsituation des Gegners ändert sich soweit noch nicht. Erst wenn der Zeuge erschienen ist, kann er gemäß § 399 ZPO dessen Vernehmung verlangen. Von jetzt an also ist ein Verzicht auf den Zeugen nur in eingeschränktem Maße möglich. Entsprechend muß auch die Möglichkeit des Widerrufs der Entbindungserklärung eingeschränkt sein. Jedoch ist im Gegensatz zur herrschenden Meinung festzustellen, daß der Widerruf der Entbindungserklärung in Fällen, in denen der Geheimnisherr selbst Beweisführer ist, bis zum Abschluß der Vernehmung seines Zeugen niemals völlig ausgeschlossen ist, weil es möglich ist, daß der Gegner nicht auf der Fortsetzung der Vernehmung besteht.

---

1 A.A. KG, OLGE 39, 57 (58).

Wenn der Gesetzgeber in § 399 ZPO die Position des Gegners von dem Zeitpunkt an nicht mehr unberücksichtigt lassen will, in dem der Zeuge vor Gericht erschienen ist, so muß dahinter der allgemeine Gedanke stehen, daß die einmal bewirkte Förderung des Prozesses nicht ohne Rücksicht auf die Interessen des Gegners wieder rückgängig gemacht werden kann[1]. Er ist auch den Fällen zugrunde zu legen, in denen der Geheimnisherr Beweisgegner ist. Hier wirkt der Geheimnisherr durch die Entbindung des Geheimnisträgers schon immer von dem Zeitpunkt an auf die Prozeßsituation des Gegners und Beweisführers ein, in dem er die Entbindung ausspricht. Denn dadurch "sichert" er nun diesem einen Zeugen. Kommt es aber allein darauf an, daß die Parteien die Entwicklung des Prozesses in Gang halten müssen, so kann der Widerruf der Entbindungserklärung nicht schon deshalb ausgeschlossen sein, weil der Geheimnisherr den Beweisführer und Prozeßgegner mit einer nur dem eigenen Rechtsanwalt bekannten Entbindungserklärung allein objektiv begünstigt hat. Entscheidend kann auch nicht sein, daß der Gegner sich bereits auf die Zeugenaussage in erkennbarer Weise eingerichtet hat - etwa, indem er nachweisbar im Vertrauen auf die bevorstehende Zeugenaussage des entbundenen Rechtsanwalts auf die Herbeischaffung weiteren Beweismaterials verzichtet hat. Vielmehr muß ein Widerruf der Entbindungserklärung in dem Augenblick unzulässig werden, in dem sich Beweisführer oder Gericht auf die durch die Entbindung des Geheimnisträgers eingetretene neue Prozeßsituation einstellen konnten, d.h. auf Grund ihres Wissens darum in der Lage waren, weitere Dispositionen für die Beweisführung bzw. Beweiserhebung zu treffen. Darin liegt auch der Kern der Argumentation des LG Freiburg. Nach unserer Auffassung ist der Widerruf der Entbindungserklärung aber bereits dann unzulässig, wenn die Erklärung dem Zeugen ge-

1 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Einl. F I 1.

genüber abgegeben wurde, die Gegenpartei davon aber Kenntnis erlangt hat.

Als Ergebnis läßt sich also feststellen:

Hat der Anwalt noch nicht ausgesagt, so kommt es nach der hier vertretenen Auffassung im Gegensatz zur herrschenden Meinung für die Zulässigkeit eines Widerrufs der Entbindungserklärung auf den Empfänger der Entbindungserklärung selbst nicht an.

Ganz unerheblich ist seine Person, wenn der Geheimnisherr selbst Beweisführer ist. Hier kann der Widerruf uneingeschränkt solange erfolgen, wie der Zeuge noch nicht zur Vernehmung erschienen ist. Ist der Prozeßgegner des Geheimnisherrn Beweisführer, so muß es für den Ausschluß des Widerrufs genügen, daß er oder das Gericht von der Entbindungserklärung überhaupt erfahren hat und man mit dem Geheimnisträger als Zeugen rechnen konnte[1].

Da, wie schon erwähnt, den Entscheidungen des OLG Celle und des LG Freiburg diese verschiedenen Fallkonstellationen zugrunde lagen, sind ihre unterschiedlichen Ergebnisse gerechtfertigt. Die Entscheidungen sprechen also für die hier befürwortete Lösung. Die herrschende Meinung, die an den angeblichen Widerspruch der beiden Urteile anknüpft, ist insoweit zu modifizieren.

---

1 Zu weitgehend: Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung (1925), S. 65 f., wonach der Geheimnisherr in jedem Fall berechtigt sein soll, seine Entbindungserklärung zurückzunehmen. Ebenso OLG Hamburg, OLGE 19, 11o (112).

3. Abschnitt: Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht im Falle nachträglicher Auswechselung ihrer Subjekte

A. Erweiterung des Geheimnisschutzes in der Sphäre des Anwalts

Eine derartige Erweiterung kommt in Betracht, wenn das dem Anwalt anvertraute Geheimnis in dessen Handakten gelangt ist und der Anwalt die Verfügungsmacht über diese verloren hat. Müssen Dritte, auf die die Verfügungsmacht übergegangen ist und die vom Inhalt der Akten Kenntnis erlangt haben, darüber als Zeugen aussagen oder können sie sich wie der Anwalt selbst auf § 383 I Nr. 5 ZPO berufen? Die Frage kann sich stellen, wenn der Anwalt in Konkurs gefallen ist und der Konkursverwalter beim Sichten der Masse von dem Geheimnis Kenntnis erlangt hat. Denkbar ist auch, daß der Testamentsvollstrecker oder Erbe eines Anwalts aufgefordert wird, über den Inhalt seiner Handakte auszusagen.

Ob eine Erweiterung des Geheimnisschutzes im ersten Fall anzunehmen ist, hängt nicht davon ab, wie man die Rechtsstellung des Konkursverwalters definiert. Gleich, ob man diesen als gesetzlichen Vertreter des Schuldners ansieht, der Amtstheorie oder der Lehre vom neutralen Handeln des Konkursverwalters folgt, wird man daraus auch für diese Frage keine Antwort ableiten können[1]. Ebenfalls erscheint es wenig sinnvoll, an die Überlegungen anzuknüpfen, mit denen ein Zeugnisverweigerungsrecht für anwaltliche Ge-

1 Vgl. auch Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, (1969), § 56 I, S. 259, die zu Recht annehmen, daß sich aus diesen verschiedenen Theorien kaum Antworten für praktische Fragen herleiten lassen.

hilfen und Vertreter begründet wurde. Denn anders als diese nimmt der Konkursverwalter die ihm obliegenden Aufgaben unabhängig vom Willen des Gemeinschuldners, also des Rechtsanwalts, wahr.

Personen, die sich beruflichen Geheimnisträgern anvertrauen, haben bei deren Konkurs dasselbe Geheimhaltungsinteresse, das allgemein der Offenbarung der mitgeteilten Tatsachen entgegensteht. Daher könnte man zunächst daran denken, den § 385 I Nr. 5 ZPO direkt auf den Konkursverwalter des Anwalts anzuwenden. Zwar handelt es sich nicht um Geheimnisse des zahlungsunfähigen Anwalts. Aber der Schutz des § 383 I Nr. 5 ZPO muß sich auch auf Geheimnisse Dritter erstrecken, die dem Geheimnisträger bekannt geworden sind[1].

Gegen diese Lösung ergeben sich jedoch Bedenken, wenn man den Personenkreis näher bestimmt, den § 385 I Nr. 5 ZPO erfaßt.

Danach können nur Kommunikationen mit besonderen Geheimnisträgern geschützt werden, deren Berufsausübung ein enges Vertrauensverhältnis zu demjenigen entstehen lassen muß, der ihre beruflichen Fähigkeiten in Anspruch nimmt. Das Vertrauensverhältnis muß mit den sich daraus ergebenden Geheimhaltungspflichten berufstypisch verknüpft sein. Diese Abgrenzung bestätigen die in § 3oo StGB enumerativ aufgeführten und, daran anlehnend, die in den Motiven zum Entwurf der ZPO beispielhaft genannten Berufsgruppen[2]. Mit deren beruflicher Situation ist

1 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, C, II.

2 Vgl. RGZ 53, 4o (41): "Daraus, daß in den Motiven einzelne Kategorien von Personen namentlich bezeichnet sind, geht nun zwar unzweideutig hervor, daß mit der Bezeichnung dieser Kategorien der Kreis der auf Grund des § 383 Nr. 5 zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen nicht abgeschlossen sein sollte. Andererseits läßt aber die Anführung bestimmter Kategorien, namentlich der mit der Rechtspflege und mit der Heil-

aber die des Konkursverwalters nicht vergleichbar[1]. Es ist für die Tätigkeit eines Konkursverwalters nicht 'berufstypisch', daß zu den am Konkurs Beteiligten ein enges Vertrauensverhältnis begründet wird, aus dem Geheimhaltungspflichten entstehen. § 383 I Nr. 5 ZPO kann daher auf den Konkursverwalter des Anwalts keine unmittelbare Anwendung finden. Weiter wäre möglich, den Rechtsgedanken der §§ 383 I Nr. 5 ZPO, 3oo III 2 StGB auch auf den Konkursverwalter des Geheimnisträgers anzuwenden. Den Anknüpfungspunkt bietet hier die zweite Fallgruppe: Ob das Zeugnisverweigerungsrecht eines Rechtsanwaltes auf dessen Testamentsvollstrecker oder Erben übergehen kann, ist wegen der Verknüpfung des § 383 I Nr. 5 ZPO mit § 3oo StGB danach zu entscheiden, wie der Gesetzgeber den Übergang der strafrechtlichen Schweigepflicht auf letztere geregelt hat.

Seit der Neufassung des § 3oo StGB durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953[2] ist in dessen Absatz 2 Satz 2 die Preisgabe eines dem Anwalt anvertrauten Geheimnisses nach dessen Tod auch solchen Personen

---

Forts. Fn. 2:
pflege befaßten Personen, sowie die Begründung des Entwurfs klar erkennen, daß die Vorschrift des § 383 Nr. 5, welche als Ausnahmebestimmung von dem Grundsatze der allgemeinen Zeugnispflicht nicht ausdehnend ausgelegt werden darf, auf die Klassen derjenigen Personen beschränkt werden muß, welche dem Publikum gegenüber eine ähnliche amtliche oder berufsmäßige Vertrauensstellung einnehmen, wie die der besonders namhaft gemachten Kategorien, d.h. eine Stellung, zufolge deren einerseits das Publikum in die Lage kommt, ihnen Geheimnisse anvertrauen zu müssen, andererseits eine entsprechende Pflicht zur Verschwiegenheit besteht."

1 Diese Vergleichbarkeit verlangte allgemein schon das OLG Breslau, OLGE 37, 144.

2 BGBl. I, S. 735 (743).

untersagt, die ihre Kenntnis "von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß" erlangt haben. Zu diesem Personenkreis würden sowohl der Testamentsvollstrecker als auch der Erbe des Rechtsanwalts gehören. Weil diese einer strafrechtlich sanktionierten Schweigepflicht unterliegen, müssen sie auch ein Zeugnisverweigerungsrecht haben. Dem Zeugnisverweigerungsrecht für den Testamentsvollstrecker oder Erben des Anwalts liegen also die gleichen Überlegungen zugrunde, die das OLG Posen[1] schon 1917 bewogen, § 383 I Nr. 5 ZPO auch für den Testamentsvollstrecker eines Arztes für anwendbar zu erklären: "Auch nach dem Tode des Arztes verdient ... der Wille seines Patienten Schutz auf Geheimnisbewahrung. Bei Nichtanwendung des § 383 Ziff. 5 ZPO auf den Testamentsvollstrekker des Arztes über Fragen, die im Rahmen der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht gelegen haben, wäre kein Kranker davor sicher, daß das dem Arzt anvertraute Geheimnis nach dessen Tode durch Offenlegung von dessen Tagebuch in einem Zivil- oder Strafprozesse wider seinen Willen verwertet werden könnte."

Soll nach alter Rechtsprechung und nach dem Willen des heutigen Gesetzgebers die Geheimhaltungspflicht nach dem Tode des Geheimnisträgers auf denjenigen übergehen, der durch den Todesfall die Verfügungsmacht über das Geheimnis erlangt, so kann grundsätzlich nichts anderes gelten, wenn die Verfügungsmacht des Geheimnisträgers schon

---

1 JW 1917, 871: Hier war der Testamentsvollstrecker des Arztes Zeuge in einem Ehescheidungsprozeß. Er sollte darüber aussagen, ob der beklagte Ehemann nach dem Inhalt der von ihm einzusehenden ärztlichen Tagebücher in einem bestimmten Zeitraum wegen Syphilis behandelt worden war. Wenn das Gericht hier den Zeugen für zeugnisverweigerungsberechtigt hielt, so widerspricht das nicht der oben, S. 176, Fn. 2, schon erwähnten Entscheidung des OLG Breslau (OLGE 37, 144); denn offenbar berief sich dort der Testamentsvollstrekker wegen einer ihm persönlich bekanntgewordenen Tatsache auf § 383 I Nr. 5 ZPO.

zu dessen Lebzeiten auf einen anderen übergeht. Wie der Tod des Geheimnisträgers ist auch sein Konkurs ein Ereignis, auf das der Geheimnisherr keinen Einfluß hat. Er bedarf hier der gleichen Sicherheit, wie sie ihm nach dem Tode des Geheimnisträgers zuerkannt wird. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts muß daher, wenn er in Konkurs gefallen ist, auf den Konkursverwalter erstreckt werden.

B. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes in der Sphäre des Mandanten

I. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes zu Lebzeiten des Geheimnisherrn

Grundsätzlich wird nur der Geheimnisherr als berechtigt angesehen, den Anwalt zur Aussage zu ermächtigen. In bestimmten Fällen könnte man jedoch daran denken, dieses Recht auch Dritten zu gewähren. Zu Lebzeiten des Geheimnisherrn kommen dabei einmal die Personen in Betracht, die durch Gesetz oder rechtsgeschäftlich ermächtigt sind, für ihn zu handeln. Weiterhin wäre denkbar, daß diejenigen, die im Rahmen einer Singularsukzession Rechtsnachfolger des Geheimnisherrn geworden sind, wegen solcher Tatsachen entbinden können, die das erworbene Recht betreffen.

1. Die Entbindungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters und anderer zur Vermögensverwaltung befugter Personen

a. Der Meinungsstand in der deutschen Rechtsprechung und Literatur.

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob ein Dritter wirksam von der Schweigepflicht entbinden kann, unterschiedlich beantwortet, je nachdem, wie man die Natur des Rechts auf Geheimhaltung und damit die Natur der Entbindungsbefugnis bestimmt. Teilweise wird die Auffassung vertreten, es handele sich um ein höchstpersönliches und daher nicht übertragbares Recht[1]. Dagegen findet sich in einer älteren Entscheidung des OLG München[2] die Ansicht, daß die Entbindungsbefugnis uneingeschränkt auf den gesetzlichen Vertreter übergehen kann. Die heute herrschende Meinung nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Danach kann die Entbindungsbefugnis eine verschiedene Natur haben.Diese soll sich jeweils nach dem Rechtsverhältnis bestimmen, dem die geheimzuhaltende Tatsache angehört[3]. Dabei ist mit "Rechtsverhältnis" nicht das Verhältnis zwischen Geheimnisherrn und Geheimnisträger gemeint[4], sondern die Beziehung, für die die der Schweigepflicht unterliegende Tatsache bedeutsam ist[5]: Haben die dem Geheimnisträger anvertrauten Tatsachen allein für die vermögensrechtlichen Verhältnisse

1 So OLG Darmstadt, DJZ 19o4, Sp.128; BayLSG, NJW 1962, 1789 (179o); Göppinger, NJW 1958, 241 (244); Woesner, NJW 1957, 692. Dieser Auffassung kommen auch die Vertreter der"Sozialinteressentheorie" im Ergebnis nahe. Siehe oben 2. Teil, 2. Abschnitt, B, I, 1.

2 JW 1932, 2176.

3 So Stein-Jonas-Schumann/Leipold, 19. Aufl., Anm. II 2 zu § 385 ZPO; ebenso schon Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung (1925), S. 69.

4 Nicht ganz eindeutig: Bruns, Zivilprozeßrecht, § 38 IV, 2, S. 32o; Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. II 2 zu § 385 ZPO.

5 Vgl. auch Seuffert-Walsmann, 12. Aufl., Anm. 6 c zu § 385 ZPO.

des Geheimnisherrn Bedeutung, will man die Entbindung durch einen Dritten zulassen. Bei Tatsachen, die den höchstpersönlichen Bereich des Geheimnisherrn betreffen, soll die Entbindungsbefugnis grundsätzlich nur diesem zustehen[1].

Welche dieser Meinungen richtig ist, läßt sich nur entscheiden, wenn die Interessen näher bestimmt sind, die den Mandanten bei der Ausübung der Geheimnisherrschaft und damit auch bei der Entbindung des Anwalts gemäß den §§ 383 I Nr. 5, 385 II ZPO leiten. Denn die rechtliche Natur der Interessen, die durch das Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt sind, muß auch maßgebend dafür sein, ob nur der Mandant selbst oder auch ein anderer auf den gesetzlichen Schutz verzichten kann.

Die Feststellung, § 383 I Nr. 5 ZPO schütze das Interesse des Mandanten an einer privaten Geheimsphäre[2], genügt hier nicht. Das Recht, Privatgeheimnisse unbedingt zu wahren, ist nur ein Aspekt der beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte. Ein weiterer ergibt sich, wenn man das Geheimhaltungsinteresse in Richtung auf den besonderen Zweck, der mit der Begründung des jeweiligen Vertrauensverhältnisses verfolgt wird, näher konkretisiert. Auch diesen will der Gesetzgeber anerkennen, wenn er bestimmte Vertrauensbeziehungen zu beruflichen Geheimnisträgern schützt.

Für das Mandatsverhältnis kann an das angeknüpft werden, was bereits zu den policy considerations für das Privileg auf Grund von Anwaltsbeziehungen ausgeführt wurde[3].

---

1 Im letzten Fall ist allerdings umstritten, ob dann eine Ausnahme gemacht werden soll, wenn kein Grund zur Geheimhaltung mehr besteht. Siehe dazu unten, 2. Teil, 3. Abschnitt, B, II, 2.

2 Siehe oben, 1. Teil, 3. Abschnitt, C.

3 Siehe oben, 1. Teil, 2. Abschnitt, B, III.

Wie dort dargelegt, hat die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant stets unmittelbare Bedeutung für eigene Rechte und die Dritter. Daher ist das Privileg auch eine prozessuale Möglichkeit, durch Anbieten, Zulassen oder Verhindern eines bestimmten Beweises einen eigenen Prozeß oder den Dritter zu beeinflussen. Entsprechendes läßt sich auch für den Mandanten feststellen, der durch das anwaltliche Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 5 ZPO geschützt wird; denn auch dieser kann dadurch, daß er den Anwalt zur Aussage ermächtigt oder nicht, den Ausgang eines Rechtsstreits beeinflussen, an dem er oder Dritte beteiligt sind.

Also ist der Schutz, den das anwaltliche Zeugnisverweigerungsrecht dem Mandanten gewährt, doppelschichtig: Einerseits werden persönliche Geheimnisse des Mandanten vor Zugriffen Dritter bewahrt. Andererseits wird gewährleistet, daß der Mandant das mit dem Anwalt Erörterte allein seinen Interessen gemäß verwenden kann. Auf die Entbindungsbefugnis bezogen bedeutet das: Soweit sie dem Mandanten ermöglicht, etwa zum Schutze seines Rufes eine Offenbarung ganz auszuschließen, hat sie den Charakter eines reinen Persönlichkeitsrechtes. Soweit der Mandant durch die Entbindungsbefugnis den Ausgang des Rechtsstreits beeinflussen kann, stellt sie ein vermögenswertes Recht dar. Ob der Mandant im Einzelfall entbindet, entscheidet er an Hand seiner konkreten Interessen, die durch diese beiden der Entbindungsbefugnis zugrunde liegenden Rechtspositionen umschrieben sind. Wo das Geheimhaltungsinteresse und die Möglichkeit, die Entscheidung eines Rechtsstreits zu beeinflussen, einander widersprechen, trifft er seine Entscheidung auf Grund einer Abwägung dieser Interesen.

Wieweit andere Personen als der Mandant entbinden können, hängt also davon ab, ob der vermögensrechtliche

oder der persönlichkeitsbezogene Aspekt der Entbindungsbefugnis im Vordergrund steht. Soweit diese ermöglicht, die Entscheidung eines Rechtsstreits zu beeinflussen, setzt sie als Vermögensrecht nur eine vom Mandanten abgeleitete Verfügungsbefugnis über dessen Vermögen voraus. Soweit die Entbindungsbefugnis aber aus dem Recht des Mandanten an absoluter Geheimhaltung erwächst, kann dieser nur selbst entbinden. Ein Dritter kann also anstelle des Mandanten, wenn überhaupt, nur entbinden, falls er befugt ist, das vermögenswerte Recht, die Entscheidung eines Prozesses zu beeinflussen, geltend zu machen. Das ist in erster Linie dann der Fall, wenn er die Befugnis erlangt hat, über das Vermögen des ursprünglichen Geheimnisherrn zu verfügen. Der Offenbarung anvertrauter Tatsachen darf aber nicht das Interesse an absoluter Geheimhaltung entgegenstehen. Da dieses als Persönlichkeitsrecht, das ebenfalls durch die Entbindungsbefugnis des Mandanten geschützt ist, nur dem Mandanten selbst zusteht, könnte es eine wirksame Entbindung durch Dritte ganz ausschließen. Diese strenge Auffassung, die den Aspekt persönlichen Schutzes notwendig vorgehen läßt und die deshalb die Entbindungsbefugnis als höchstpersönlich qualifiziert, kann heute aber wegen § 18 I 2 BNotO nicht mehr zutreffend sein: Dieser Bestimmung zufolge kann die zuständige Aufsichtsbehörde nach dem Tode des Geheimnisherrn oder wenn eine Äußerung von diesem nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist, den Notar von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden. Mit Bosch[1] kann diese Regelung als Zeichen dafür angesehen werden, daß die These, nur der Geheimnisherr selbst könne über seine Geheimsphäre verfügen, beim Gesetzgeber keine Unterstützung gefunden hat. Grundsätzlich kann daher, wenn etwa der Mandant in gei-

1 Grundsatzfragen, S. 96.

stige Umnachtung gefallen oder gestorben ist, der Vormund oder Erbe den Anwalt entbinden[1]. Nach der in § 18 I 2 BNotO zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers muß also das Vermögensrecht, die Entscheidung eines Rechtsstreites zu beeinflussen, regelmäßig dem höchstpersönlichen Geheimhaltungsrecht vorgehen.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Entbindung notwendigerweise neben dem vermögensrechtlichen auch den persönlichkeitsbezogenen Aspekt des durch das Zeugnisverweigerungsrecht gewährten Schutzes betrifft. Die Entscheidung, ob der zur Verfügung über das Vermögen des Mandanten Berechtigte entbinden kann, muß daher objektiv das persönliche Geheimhaltungsinteresse des Mandanten mitberücksichtigen. Es kommt also darauf an, ob im konkreten Fall das Entscheidungsinteresse des Verfügungsberechtigten gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Mandanten überwiegt. Verallgemeinernd läßt sich daher sagen: Ist ein anderer als der Mandant verfügungsbefugt, so kann er den Anwalt nur dann nicht entbinden, wenn dem Interesse des Mandanten an absoluter Geheimhaltung aus besonderen Gründen größeres Gewicht als dem Vermögensinteresse zukommt. In dem Fall kann der Anwalt trotz Entbindung durch den Träger des Prozeßentscheidungsinteresses sein Zeugnis verweigern. Im Streitfall hat das Gericht über die Berechtigung der Zeugnisverweigerung nach Glaubhaftmachung durch den Anwalt zu entscheiden.

Gegenüber dieser Lösung erscheint der bisher von der herrschenden Meinung eingenommene Standpunkt zu formal. Es wird nicht genügend berücksichtigt, daß im konkreten

1 Man denke etwa an folgenden Fall: Bestimmte Tatsachen, die der inzwischen geistig umnachtete Mandant seinem Anwalt anvertraut hat, werden in einem Rechtsstreit, den sein gesetzlicher Vertreter für ihn führt, in der Weise bedeutsam, daß sich ihre weitere Geheimhaltung zum Schaden des Mandanten selbst auswirkte.

Fall die Geheimhaltung vermögensrechtlicher Tatsachen genauso wichtig sein kann wie die Geheimhaltung von Tatsachen aus dem höchstpersönlichen Bereich. Gleiches gilt im umgekehrten Fall. Die Durchsetzung vermögensrechtlicher Interessen kann im Einzelfall objektiv auch eine Offenbarung höchstpersönlicher Geheimnisse verlangen.

Zum Beispiel: Der Vormund eines Entmündigten klagt an dessen Stelle eine umstrittene Forderung ein. Der Anwalt soll als Zeuge darüber aussagen, was ihm der Entmündigte über die Entstehung der Forderung anvertraut hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung hängt die Entbindungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters zunächst davon ab, ob und wieweit er überhaupt Träger des Prozeßentscheidungsinteresses geworden ist. Dieses bestimmt sich grundsätzlich nach dem Umfang seiner Verfügungsbefugnis. Da der gesetzliche Vertreter sämtliche vermögenswerten Rechte des Mündels wahrnimmt, ist er auch befugt, das Prozeßentscheidungsinteresse geltend zu machen[1]. Bei der dann noch notwendigen Abwägung zwischen dem (vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommenen) Prozeßentscheidungsinteresse und dem beim ursprünglichen Geschützten verblei-

1 Eine Ausnahme ergibt sich in folgenden Fall: Ein wegen Verschwendungssucht Entmündigter betreibt die Aufhebung der Entmündigung. Sein früherer Anwalt, den er geschäftlich zu konsultieren pflegte, wird aufgefordert, als Zeuge über das Verhalten seines Mandanten auszusagen. Der Vormund des Entmündigten ermächtigt ihn zur Aussage. Dennoch verweigert der Anwalt sein Zeugnis mit Hinweis darauf, daß eine Entbindungserklärung seines Mandanten, des Entmündigten, fehle. Nur wenn das Prozeßentscheidungsinteresse hier überhaupt auf den Vormund übergehen kann, kommt in Betracht, es gegen das absolute Geheimhaltungsinteresse des Entmündigten abzuwägen. Gegen den Übergang spricht, daß der Entmündigte für dieses Verfahren voll geschäftsfähig ist (vgl. Zöller-Karch, 1o. Aufl., Anm. 1 zu § 668 ZPO; OLG Hamburg, NJW 1971, 199). Das Prozeßentscheidungsinteresse kann daher in diesem Fall nicht vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden. Der Anwalt kann sich daher berechtigterweise solange auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen, wie sein Mandant es ablehnt, ihn von seiner Schweigepflicht zu entbinden.

benden absoluten Geheimhaltungsinteresse geht das erste dem zweiten solange vor, als keine besonderen persönlichen Gründe eine weitere Geheimhaltung erfordern. Also kann der gesetzliche Vertreter im Beispielsfall grundsätzlich die Entbindung erklären.

Da die Tatsache, auf die sich die Schweigepflicht des Anwalts bezieht, vermögensrechtliche Verhältnisse betrifft, käme hier die herrschende Meinung zu dem gleichen Ergebnis. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn umgekehrt sich die Schweigepflicht auf Tatsachen aus der persönlichen Geheimsphäre des Mandanten bezieht. Während jedoch die herrschende Meinung im ersten Fall eine Entbindung des Geheimnisträgers unbedingt zuläßt und sie im zweiten Fall von vornherein ablehnt, ergibt sich nach der hier vorgeschlagenen differenzierten Lösung folgendes: Auch wenn die geheimzuhaltende Tatsache für vermögensrechtliche Verhältnisse des ursprünglichen Geheimnisherrn Bedeutung hat, kann sich bei einer Abwägung zwischen dem vom Vormund wahrgenommenen Prozeßentscheidungsinteresse und dem beim Vertretenen verbliebenen absoluten Geheimhaltungsinteresse ergeben, daß das Geheimhaltungsinteresse überwiegt und daher eine Entbindung ausgeschlossen ist. Auch für Tatsachen, die den höchstpersönlichen Bereich des Geheimnisherrn betreffen, kommt eine Entbindung in Betracht, wenn ausnahmsweise das vermögensrechtliche Interesse gegenüber dem persönlichen Geheimhaltungsinteresse des Vertretenen das größere Gewicht hat.

Eine entsprechende Abgrenzung ist vorzunehmen, wenn über die Entbindungsbefugnis eines Generalbevollmächtigten[1],

---

1 Siehe dazu OLG Celle, NJW 1955, 1844; a.A. KG, KGBl. 19o7, 92.

Konkursverwalters[1] oder eines Prozeßbevollmächtigten[2] des Geheimnisherrn zu entscheiden ist. Da der Generalbevollmächtigte über das gesamte Vermögen des Geheimnisherrn und damit auch über das Prozeßentscheidungsinteresse verfügen kann, muß er grundsätzlich auch die Entbindungsbefugnis ausüben können. Ebenso muß der Konkursverwalter soweit entbindungsberechtigt sein, als er das Vermögensinteresse des Geheimnisherrn und Gemeinschuldners wahrnimmt und bei einer konkreten Abwägung zwischen diesem und dem beim Gemeinschuldner verbliebenen Geheimhaltungsinteresse das erste überwiegt[3]. Dagegen kann der Prozeßbevollmächtigte über das Vermögen seines Klienten nicht verfügen und damit auch nicht Träger des Prozeßentscheidungsinteresses sein. Eine selbständige Entbin-

---

1 Im Sinne der herrschenden Meinung führt RGZ 59, 85 (87) aus, daß von Fall zu Fall geprüft werden müsse, "ob die Aufklärung der Tatsachen, über die der Zeuge vernommen werden soll, für die Konkursmasse von Bedeutung ist und die Ausübung des Verfügungs- und Verwaltungsrechts des Konkursverwalters beeinflußt". Siehe dazu auch RG, SA 61, 333, eine Entscheidung, die im Falle des § 144 II KO das Interesse des Gemeinschuldners mitberücksichtigt und soweit eine Entbindungserklärung des Konkursverwalters allein nicht ausreichen läßt; ebenso Wieczorek, Anm. C I a 1 zu § 385 ZPO; RG Gruch. 51, 2o1. (RG, JW 1899, 14o ist dagegen nicht einschlägig, da der Anwalt an den Verhandlungen, über die er nach dem Willen des Konkursverwalters aussagen sollte, nicht als Vertreter des Gemeinschuldners teilgenommen hatte.) - Die vom RG vorgeschlagene Abgrenzung wird sowohl für den Konkurs natürlicher Personen als auch für den Gesellschaftskonkurs unterstützt: vgl. z.B. Robrecht, DB 1968, 471; a.A. für den Gesellschaftskonkurs: OLG Darmstadt, DJZ 19o4, Sp. 128; LG Düsseldorf, NJW 1958, 1152 für § 53 I Nr. 3, II StPO.

2 Vgl. OLG München, SA 66, 332.

3 Bei dieser Abwägung ist die Wertung des § 1oo KO zu berücksichtigen. So Jaeger-Weber, 8. Aufl., Anm. 34 zu § 2o7 KO (S. 719) mit weiteren Hinweisen; Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 26, mit weiteren Hinweisen in Fn. 41.

dungsbefugnis ist für ihn daher allgemein ausgeschlossen[1].

b. Das englische Recht

Zu dem bisher erörterten Fragenkomplex haben sich die englische Rechtsprechung und Literatur noch nicht geäußert. Ein Hinweis findet sich nur im 16. Report des Law Reform Committee, in dem das Privileg als "a personal right, exercisable only by the person who is entitled to claim it" definiert wird[2]. Er läßt aber keine endgültigen Schlüsse zu.

2. Die Entbindungsbefugnis im Fall der Singularsukzession

Ebenfalls hat man in England noch nicht eindeutig geklärt, ob sich aus einer Singularsukzession die Rechtsnachfolge in die Geheimnisherrschaft ergeben kann. Auf Grund der allgemeinen, sich zudem nur auf den Urkundenbeweis im Zwischenverfahren beziehenden Feststellung von Cross[3], das einmal vorhandene Privileg bleibe zugunsten des Mandanten und seiner Rechtsnachfolger erhalten, läßt sich die Frage nicht beantworten. Wigmore[4] scheint allerdings den Übergang des Privilegs bei Forderungsabtretungen (assignement of interest), für die sich die hier anstehende Frage am häufigsten stellen wird, zu bejahen: "Where the client's interest has been assigned, it seems proper to say that the privilege is transferred to the assignee, for the purpose of waiver, so far as the commu-

1 Im Ergebnis ebenso Zöller-Stephan, 1o. Aufl., Anm. II 2 zu § 385 ZPO; Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 24; anders Wieczorek, Anm. C I a 3 zu § 385 ZPO.
2 § 5, S. 4.
3 On Evidence, S. 241.
4 Evidence, § 2328, S. 639, mit Hinweis auf Bowmann v. Norton (1831), 5 C. & P. 177; vgl. auch Merle v. More (1826), Ry. & M. 39o.

nications affect merely the realisation of the transferred interest, but it remains with the client as far as they affect any liability or right remaining in him."

Ähnliches ist auch in der deutschen Literatur für den Fall vertreten worden, daß die geheime Tatsache vermögensrechtliche Angelegenheiten betrifft. Das Recht auf Geheimhaltung soll mit dem Vermögensgegenstand übergehen, auf den sich das Geheimnis bezieht. Dieses Recht würde also z.B. auch der Zessionar einer Forderung miterwerben[1]. Mit der hier vertretenen Auffassung läßt sich das allerdings nicht vereinbaren. Die Prozeßentscheidungsbefugnis bleibt mit dem Vermögen des Zedenten verknüpft. Sie kann nicht im Wege der Einzelübertragung auf den Zessionar übergehen, weil nach deutschem Prozeßrecht prozessuale Befugnisse nicht abgetreten werden können. Allerdings kann der Zedent auf Grund schuldrechtlichen Vertrages verpflichtet sein, die Entbindung auf Verlangen seines Vertragspartners zu erklären.

II. Die Erweiterung des Geheimnisschutzes nach dem Tode des Geheimnisherrn

Der Schutz von Privileg und Zeugnisverweigerungsrecht überdauert grundsätzlich den Tod des Mandanten. Soll das Wissen des Geheimnisträgers in einem Rechtsstreit post mortem genutzt werden, so ist das solange unproblematisch, wie der Geheimnisherr ihn für seinen Todesfall zur Aussage oder einen Dritten zur Entbindung ermächtigt hat. Fehlt eine solche Regelung seitens des Geheim-

1 So Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 13o.

nisherrn, so ließe sich die Aussage des Anwalts nur dann erzwingen, wenn entweder die Schweigepflicht nicht im gleichen Umfang wie vorher weiterbesteht oder die Entbindungsbefugnis auch nach dem Tode des Geheimnisherrn von einem Dritten wirksam wahrgenommen werden kann.

1. Die anglo-amerikanische Lösung

Im anglo-amerikanischen Rechtskreis hat man zur Lösung dieser Fälle keine einheitlichen Kriterien entwickelt. Vielmehr unterscheidet man grundsätzlich danach, ob das dem Anwalt anvertraute Geheimnis des verstorbenen Mandanten für Erbprätendentenstreitigkeiten oder für sonstige vermögensrechtliche Streitigkeiten beweiserheblich wird.

a. Erbprätendentenstreitigkeiten

In Erbprätendentenstreitigkeiten ist nach einhelliger Auffassung von Rechtsprechung und Literatur eine Berufung auf das Privileg ausgeschlossen. Die dafür gegebenen Begründungen sind unterschiedlich: Taylor[1] stellt auf die Interessen der potentiellen Erben ab. In diesen Fällen sei es ungerecht, das Privileg eher der einen Partei als der anderen zu gewähren. Dagegen stützt sich das Urteil in Russel v. Jackson[2] darauf, daß es an schutzwürdigen Interessen des verstorbenen Geheimnisherrn fehle.

Die letztgenannte Entscheidung regt dazu an, das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten näher zu bestimmen. Die-

1 On Evidence, Vol. I, (1931), § 928, S. 586.
2 (1851), 9 Hare 387 (392).

sen Versuch hat Wigmore[1] unternommen: Er unterscheidet die Geheimhaltung von Tatsachen, welche die Errichtung des Testaments und dessen Inhalt betreffen, von der Geheimhaltung solcher, die sich auf die Unwirksamkeit des Testaments beziehen. In beiden Fällen kommt er zu dem Ergebnis, daß das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten nur für die Dauer seines Lebens geschützt und deshalb nur für diese Zeit eine Zeugenvernehmung des Anwalts unzulässig ist. Im ersten Fall erwarte der Testator, daß die Tatsachen nach seinem Tode offenbart würden; insoweit bestehe zwischen Anwalt und Mandant nur eine "temporary confidentiality"[2]. Im zweiten Fall kenne der Erblasser die Tatsachen nicht, die die Unwirksamkeit des Testaments begründen. Insoweit habe er sich daher seinem Anwalt gar nicht anvertraut[3].

Für den letzten Fall begründet Wigmore sein Ergebnis weiterhin mit einer Parallele zu den Fällen, in denen der Anwalt über eine von ihm vorgenommene Beurkundung aussagen soll[4]. Heute werde dort die Zeugnisverweigerung nicht mehr zugelassen; denn diese widerspreche der Funktion des Anwalts, die er nach dem Willen der Parteien wahrnehmen soll[5]. In den Testamentsfällen ist dabei nach Wigmores Meinung unwesentlich, ob man den Verlust des Privilegs aus der Annahme herleitet, der Erblasser habe insoweit kein Geheimhaltungsinteresse, oder ob man unterstellt, er verzichte hinsichtlich dieser Tatsachen auf das Privileg[6].

---

1 Evidence, § 2314, S. 611 f.
2 a.a.O., S. 612.
3 a.a.O., S. 615.
4 a.a.O., § 2315, S. 616 f.
5 Vgl. Doe v. Andrews (1778),2 Cowp. 845; Sandford v. Remington (1793), 2 Ves.Jun. 189; Robson v. Kemp (18o3), 5 Esp. N.P. 52.
6 Evidence, § 2315, S. 617.

Bis jetzt hat jedoch die englische Rechtsprechung den Grundsatz "once privileged, always privileged" bei Erbprätendentenstreitigkeiten noch nicht so weit aufgegeben, wie das Wigmores Lehre von der "temporary confidentiality" tut. Russel v. Jackson betraf allein den genauen Inhalt einer letztwilligen Verfügung. Es ist daher noch offen, ob sich der Anwalt auch dann nicht auf das Privileg berufen kann, wenn das Beweisthema die Wirksamkeit des Testaments betrifft.

b. Sonstige vermögensrechtliche Streitigkeiten

aa) Für den amerikanischen Rechtskreis hat McCormick[1] empfohlen, Wigmores Lehre von der "temporary confidentiality" über die Fälle der Erbprätendentenstreitigkeiten hinaus anzuwenden. Er hält sie ganz allgemein dort für angebracht, wo nach dem Tode des privilegierten Mandanten um dessen Eigentumsrechte gestritten wird. Dem haben Sedler und Simeone[2] widersprochen: Wigmore habe lediglich erreichen wollen, daß der Anwalt alle Tatsachen eröffne, die notwendig seien, um die letztwillige Verfügung seines Mandanten durchzusetzen. Deshalb könne mit Wigmores Begründung niemals die Aussage von Tatsachen veranlaßt werden, die der Mandant nicht habe bekanntgeben wollen. Das Entscheidende sei allein der Geheimhaltungswille des Verstorbenen[3].

bb) Wigmore[4] und in England Taylor[5] lassen nach dem Tode des Klienten den durch das Privileg gewährten Schutz

1 So in Evidence (1954), § 98. Vorsichtiger in der 2. Aufl. (1972), § 94, S. 197 ff.
2 (1953), 24 Ohio State L.J. 1 (5o).
3 ibid.
4 Evidence, § 2329, S. 639 f.
5 On Evidence, Vol. I, § 928, S. 586.

wenigstens für alle Tatsachen, die sich nicht auf eine letztwillige Verfügung beziehen, im gleichen Umfang wie vorher fortbestehen. Sie meinen jedoch, daß der personal representative die Befugnis haben soll, auf das Privileg zu verzichten. Das läßt sich jedenfalls dort rechtfertigen, wo der personal representative rechtlich angesehen werden kann als "the owner of the property of his testate or intestate and, being a party in an action after the death of the client acts as such."[1] Diese Voraussetzungen sind in der Praxis auch meist erfüllt. Nach dem Tode des Mandanten entsteht der Rechtsstreit sehr häufig - oder wird fortgesetzt -, bevor der Nachlaß verteilt worden ist. Die eben beschriebene Rechtsstellung des personal representative besteht dann noch. Die von Wigmore und Taylor vorgeschlagene Lösung läßt jedoch die Frage nach der Entbindungsbefugnis Dritter unbeantwortet, wenn das Vermögen des Verstorbenen bereits verteilt und daher der personal representative nicht mehr tätig ist.

Hier könnte nur derjenige entbinden, der jetzt über das Vermögen des ursprünglichen Geheimnisherrn verfügt und ein entsprechendes Prozeßentscheidungsinteresse hat. Die oben[2] erwähnten Darlegungen von Cross sprechen dafür, daß diese Lösung in England Zustimmung finden würde. Allerdings hatte die englische Rechtsprechung bisher keine Veranlassung gehabt, die Frage näher zu untersuchen.

2. Die Anwendung des § 385 II ZPO

Nach der von uns vertretenen Auffassung können Dritte den Geheimnisträger dann entbinden, wenn und soweit sie anstelle des ursprünglichen Geheimnisherrn das Prozeß-

1 Halsbury, Laws of England, Vol. 16 (1956), § 995.
2 2. Teil, 3. Abschnitt, B, I, 2.

entscheidungsinteresse wahrnehmen und das fortbestehende absolute Geheimhaltungsinteresse[1] des Geheimnisherrn nicht überwiegt. Danach bieten die Fälle, in denen der Geheimnisherr gestorben ist, kein besonderes Problem. Der Anwalt kann also auch post mortem protecti entbunden werden, wenn bei der Abwägung zwischen Prozeßentscheidungsinteresse und absolutem Geheimhaltungsinteresse das erstere vorgeht.

Zu einer auf den konkreten Fall bezogenen Interessenabwägung tendieren auch - soweit nicht ein Übergang der Entbindungsbefugnis auf Dritte für völlig ausgeschlossen gehalten wird[2] - die von Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagenen Lösungen. So meint Bosch, es solle auf den mutmaßlichen Willen des ursprünglichen Geheimnisherrn abgestellt werden:[3] Derjenige soll den Geheimnisträger entbinden können, den der Verstorbene Geheimnisherr nach seinem Tode zu seinem Nachfolger machen wollte oder gemacht haben würde, wenn er alles sinnvoll überdacht hätte[4]. Der "mutmaßliche Wille" des Verstorbenen kann demnach nicht mit dessen subjektiver Einstellung gleichgesetzt werden. Denn gerade diese ist hier nicht mehr festzustellen. Die Beantwortung der Frage, wie sich der Geheimnisherr entschieden hätte, erfolgt also nach einer objektiven Abwägung der im Einzelfall betroffenen Interessen.

---

1 Denn der Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bleibt auch nach dem Tode erhalten: siehe dazu Koebel, NJW 1958, 936; ablehnend May, NJW 1958, 2101 (2103).

2 Siehe oben, 2. Teil, 3. Abschnitt, B, I, 1, a.

3 Grundsatzfragen, S. 93; ebenso LG Augsburg, NJW 1964, 1186 (1190); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, 31. Aufl., Anm. 2 zu § 385 ZPO; Bruns, Zivilprozeßrecht, § 35 IV, 2, S. 321; früher schon: Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., Exkurs I zu § 28, Randz. 13, S. 158; a.A. Zöller-Stephan, 10. Aufl., Anm. II 2 zu § 385 ZPO; Lenckner, NJW 1964, 1186 (1188); derselbe, Ärztliches Berufsgeheimnis, S. 151 f.

4 Grundsatzfragen, S. 95 f.

Eine entsprechende Wertung liegt auch der Auffassung der Rechtsprechung zugrunde, nach dem Tode des Geheimnisherrn seien dessen Geheimnisse in bezug auf die vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen Verhältnisse nicht mehr in gleicher Weise schutzwürdig, so daß der Umfang der Schweigepflicht im Zeitpunkt des Todesfalles "schrumpfe"[1]. Wenn die Rechtsprechung ein Zeugnisverweigerungsrecht des beruflichen Geheimnisträgers in vollem Umfang nur noch hinsichtlich solcher Tatsachen für berechtigt hält, die den vermögensrechtlichen Bereich betreffen, will sie in erster Linie die Interessen der Rechtsnachfolger des Geheimnisherrn berücksichtigen[2]. Diese sollen daher auch vor allem als Entbindungsbefugte in Betracht kommen. Dem persönlichen Geheimhaltungsinteresse des ursprünglichen Geheimnisherrn wird nur noch soweit Bedeutung beigemessen, als es "wichtig" ist[3].

Die von uns vorgeschlagene Lösung erlaubt eine sachgerechte Abwägung. Sie kommt allerdings nur dann in Frage, wenn die Tatsache, die der Anwalt oder Notar bezeugen soll, nach dem Tode des Erblassers und ursprünglichen Vertrauensgebers noch ein Geheimnis ist. Das kann für Tatsachen, die den Inhalt, Verbleib oder die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung betreffen, nicht unbeschränkt zutreffen. Es muß daher auch für diese Fälle geklärt werden, wie weit die anwaltliche Schweigepflicht reicht.

---

1 KG, OLGE 29, 118; OLG Colmar, OLGE 27, 98; OLG Düsseldorf, NJW 1959, 821; zustimmend Erdsiek, NJW 1963, 632; LG Augsburg, NJW 1964, 1186 (1189).

2 BayObLG, NJW 1966, 1664; ebenso Wieczorek, Anm. C I a 2 zu § 385 ZPO; Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 13o; ähnlich schon Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 3oo StGB), S. 141 ff., der allgemein eine "Solidarität der Interessen" zwischen dem verstorbenen Geheimnisherrn und seinem nächsten Angehörigen voraussetzte.

3 BayObLG, a.a.O.

a. Erbprätendentenstreitigkeiten

aa) Was Inhalt und Verbleib der letztwilligen Verfügung anbetrifft, so ergibt sich nach richtiger Auffassung des BayOLG[1] schon aus der Natur dieser Tatsachen, daß eine Geheimhaltung nach dem Tode des Vertrauensgebers nicht mehr geboten ist. Denn hier gilt, was Wigmore durch den Begriff der "temporary confidentiality" ausgedrückt hat: Der ursprüngliche Geheimnisherr will die fraglichen Tatsachen nur bis zum Eintritt des Erbfalles geheimhalten. Nur soweit reicht sein Geheimhaltungsinteresse und nur soweit ist daher eine Zeugnisverweigerung berechtigt. Wird nach diesem Zeitpunkt um den genauen Inhalt eines Testaments gestritten[2], so muß der Anwalt darüber aussagen, welche Absichten der Erblasser ihm gegenüber zu der Frage der Erbeinsetzung kundgetan hat. Allerdings bedarf es, um dieses Ergebnis zu begründen, nicht der Annahme, der Erblasser habe den Anwalt für den Erbfall stillschweigend von seiner Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden[3]. Von diesem Zeitpunkt an besteht überhaupt nämlich keine Schweigepflicht und damit auch kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr.

bb) Geht es um die Testierfähigkeit des Erblassers, so kann es auf das Zeugnis eines Rechtsberaters ankommen, wenn der Kläger die Feststellung betreibt, daß er Erbe sei und behauptet, ein ihn ausschließendes Testament sei nichtig, weil der Erblasser geisteskrank gewesen sei. Ob Tatsachen, die die Testierfähigkeit des Mandanten betreffen, nach dessen Tod geheimhaltungspflichtig sind,

1 NJW 1966, 1664.
2 Auf den genauen Inhalt eines Testaments kann es z.B. ankommen, wenn eine Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit erhoben wird und der Kläger sie damit begründet, daß der Anfechtungsgegner das privatschriftliche Testament verfälscht habe (§§ 2342, 2339 Nr. 4 BGB i.V.m. § 267 StGB).
3 So auch das BayObLG, NJW 1966, 1664.

ist in Literatur und Rechtsprechung streitig. Abgelehnt wird das Fortbestehen der Schweigepflicht mit folgenden Begründungen: Es fehle ein Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen. Dieses bestehe post mortem nur noch für Tatsachen, die auch jetzt noch den sittlichen Wert des Geheimnisherrn beeinträchtigen könnten. Dazu gehöre die Geisteskrankheit nicht[1]. Außerdem müsse angenommen werden, daß der Erblasser ein eigenes Interesse an der Feststellung seiner Testierfähigkeit habe[2]. Die Zeugnisverweigerung unbeschränkt zuzulassen, entspreche weder dem Interesse des Verstorbenen noch dem seiner Angehörigen. Auch verstoße die Rücksichtnahme auf unbedeutende und zum Teil nur vermeintliche Interessen des Verstorbenen oft gegen wichtige Interessen der Hinterbliebenen[3]. Schließlich könne das Interesse eines Geisteskranken an der Aufrechterhaltung seines Testaments von der Rechtsprechung nicht anerkannt werden, da es objektiv nicht gerechtfertigt sei[4].

Vertreter der Gegenmeinung bringen demgegenüber vor: Eine Geisteskrankheit könne auch über den Tod hinaus eine geheimhaltungswürdige Tatsache sein. Sie beeinträchtige zwar nicht den sittlichen, wohl aber den sozialen Wert des Betroffenen. Dessen Fähigkeit, als vernünftig handelndes Wesen eine sinnvolle soziale Funktion zu erfüllen, sei nachträglich in Frage gestellt[5]. Auch bedeute die Annahme, daß der Erblasser ein eigenes Interesse an

---

1 Vgl. LG Augsburg, NJW 1964, 1186 (1189); KG, OLGE 29, 118 f.
2 LG Augsburg, a.a.O.
3 LG Augsburg, a.a.O.
4 LG Augsburg, a.a.O.; vgl. weiterhin auch Staudinger-Firsching, 1o./11. Aufl., Anm. 3o zu § 2229 BGB, sowie KG, OLGE 29, 118, und OLG Düsseldorf, NJW 1959, 821: In beiden Fällen sollte allerdings zur Feststellung der Testierfähigkeit ein Arzt als sachverständiger Zeuge über den Geisteszustand des Erblassers vernommen werden.
5 Lenckner, NJW 1964, 1186 (1187).

der Feststellung seiner Testierfähigkeit habe, nicht schon, daß damit das Geheimnis zu existieren aufhöre. Vielmehr entstünde dann erst die Frage, ob die Preisgabe des Geheimnisses unter besonderen Umständen gerechtfertigt sei[1]. Auch könnten der natürliche Geheimhaltungswille und das Geheimhaltungsinteresse des Geschäfts- und Testierunfähigen nicht ohne weiteres als rechtlich bedeutungslos angesehen werden[2].

Die meisten der hier wiedergegebenen Argumente beziehen sich auf das Arzt-Patienten-Verhältnis. Es ist durchaus möglich, daß die Schweigepflicht dort einen anderen Umfang hat als im Verhältnis zwischen einem Rechtsberater und dessen Mandanten. Im folgenden soll daher die Problematik für das Mandatsverhältnis nochmals untersucht werden. Hierfür ist von Bedeutung, ob der als Zeuge benannte Rechtsberater die letztwillige Verfügung als Notar beurkundet oder ob er den Erblasser nur in Dingen beraten hat, die mit der Testamentserrichtung in Zusammenhang stehen.

α) Im ersten Fall kann an die Überlegungen angeknüpft werden, die den Umfang der notariellen Schweigepflicht für den Fall bestimmen, daß der Notar zu Lebzeiten seines Mandanten über dessen Geschäftsfähigkeit aussagen soll[3]. Besteht schon zu Lebzeiten des Mandanten keine Verschwiegenheitspflicht, so kann diese erst recht nicht nach seinem Tode bestehen. Zusätzlich ist auf folgendes hinzuweisen: Läßt der Mandant einen Erbvertrag bzw. sein Testament durch einen Notar beurkunden, so hat dieser gemäß §§ 11 I 2, 28 BeurkG die Pflicht, sich vor der Beurkundung von der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit des

1 Lenckner, NJW 1964, 1186 (1187).
2 BayObLG, NJW 1966, 1664.
3 Siehe oben, 2. Teil, 1. Abschnitt, C, I, 2.

Mandanten zu überzeugen. Etwaige Zweifel daran hat er zu vermerken. Damit wollte der Gesetzgeber sicherstellen, daß nach dem Tode des Erblassers die Wahrnehmungen des Notars als Beweismittel zur Verfügung stehen[1]. Dieser Absicht des Gesetzgebers würde es widersprechen, wenn sich der Notar nach dem Tode des Testators unter Hinweis auf § 383 I Nr. 5 ZPO seiner Zeugnispflicht entziehen könnte. Der Notar, der eine letztwillige Verfügung beurkundet hat, ist also nach dem Tode des Testators nicht zur Geheimhaltung, sondern umgekehrt zur Aussage verpflichtet. Folglich kann er kein berufliches Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen. Entsprechendes muß gelten, wenn der Testator den Notar zwar zum Zwecke der Testamentserrichtung aufgesucht hat, es aber (gleich aus welchen Gründen) nicht dazu gekommen ist und er das Testament, dessen Wirksamkeit nun in Frage steht, bei einem anderen Notar oder in privatschriftlicher Form errichtet hat.

β) Diese Gesichtspunkte können jedoch nicht in den Fällen gelten, in denen der Geheimnisherr sich bei einem Anwalt lediglich Rechtsauskunft in erbrechtlichen Fragen geholt hat. Deshalb wird man davon ausgehen müssen, daß hier die Schweigepflicht des Anwalts fortbesteht.

Seine Entbindung ist dann nach unserer Auffassung nur durch den Träger des Prozeßentscheidungsinteresses möglich. Wie oben ausgeführt, ist das in der Regel der, der eine vom Geheimnisherrn abgeleitete Verfügungsbefugnis über dessen Vermögen hat. Nach dem Tode des Geheimnisherrn ist das dessen wahrer Erbe. Er kann also entbinden - vorausgesetzt, daß das absolute Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen im konkreten Fall kein größeres

1 Vgl. BT Drucksache V/33 3282, S. 34.

Gewicht als das Prozeßentscheidungsinteresse hat. Die hier vertretene Auffassung findet ihre Stütze in der oben schon angeführten Begründung des Gesetzgebers zu § 11 I 2 BeurkG. Diese zeigt, daß ein grundsätzlich überwiegendes Interesse daran besteht, den wahren Rechtsnachfolger festzustellen. Nach dieser Wertung geht also das Interesse des wahren Berechtigten, die Rechtsnachfolge eines Testators anzutreten, dessen möglichem Interesse an der Geheimhaltung der fehlenden Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit vor[1].

Beließe man es bei dem bisherigen Ergebnis, daß nur der wahre Erbe entbinden kann, so wäre bei Erbprätendentenstreitigkeiten eine Entbindung des Geheimnisträgers dennoch, und zwar aus tatsächlichen Gründen unmöglich. Denn wer der wahre Erbe und daher entbindungsbefugt ist, steht gerade nicht fest. Bosch[2] meint deshalb, daß alle in Betracht kommenden Erben gemeinsam das Recht haben müßten, statt des Verstorbenen auf die Geheimhaltung zu verzichten. Der Anwalt solle sich deshalb solange auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen können, wie er nicht von allen an dem Rechtsstreit über das Erbrecht Beteiligten entbunden worden sei. Faktisch bedeutet Boschs Vorschlag, daß die Entbindung regelmäßig nicht zustande kommt. Denn meistens wird derjenige, der befürchtet, daß sich durch die Aussage des Anwalts seine prozessuale Position verschlechtert, seine Einwilligung nicht erteilen. Daher bietet sich die umgekehrte Lösung an. Jeder am Erbprätendentenstreit Beteiligte kann wirksam entbinden, denn eine Offenbarung der Tatsachen, die die Testierfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit des Erblassers beweisen,kann die Interessen des wahren Erben in

1 Im Ergebnis ebenso schon Kallfelz, JW 1936, 1343.
2 Grundsatzfragen, S. 98.

keinem Fall beeinträchtigen. Entbindet z.B. in einem Streit um die Wirksamkeit eines Testaments derjenige, der sich auf die Testierunfähigkeit des Testators beruft, und stellt sich auf Grund der Aussage des Anwalts die Richtigkeit dieser Prozeßbehauptung heraus, so war er auch - als wahrer Erbe - zur Entbindung befugt. Ergibt sich dagegen, daß der Testator testierfähig war, so bestätigt das nur die Erbenstellung des im Testament Eingesetzten; in seinen Rechten ist dieser daher nicht verletzt. Mit der von uns vertretenen Auffassung lassen sich damit die bei Erbprätendentenstreitigkeiten entstehenden Probleme - soweit dort die Entbindung des beruflichen Geheimnisträgers überhaupt in Frage steht - befriedigend lösen. Soll sie sich bewähren, muß sie jedoch auch in anderen Fällen, in denen eine postmortale Entbindung von der Schweigepflicht in Frage kommt, zu befriedigenden Ergebnissen führen.

b. Andere Fälle

Aus der engen Verknüpfung der Entbindungsbefugnis mit der Befugnis, über das Vermögen des ursprünglichen Geheimnisherrn verfügen zu können, folgt, daß dessen Rechtsnachfolger in der Regel auch außerhalb der Erbprätendentenstreitigkeiten den Geheimnisträger von der Schweigepflicht befreien kann.

Zum Beispiel:

aa) X und Z schlossen einen Vertrag, über dessen Inhalt sie bald prozessieren. Während des Rechtsstreits stirbt Z. Sein Erbe Y nimmt den Prozeß auf. X benennt den Rechtsanwalt R, den Z wegen des Vertragsschlusses konsultierte, als Zeugen. R beruft sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. Y ist aber bereit, ihn von seiner Schweigepflicht zu entbinden.

Hier ist das Prozeßentscheidungsinteresse mit den sonstigen vermögenswerten Rechten des verstorbenen Geheimnisherrn (Z) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf Y übergegangen (§ 1922 BGB). Da besondere Umstände, die das fortbestehende absolute Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen schwerer wiegen lassen, nicht ersichtlich sind, kann Y den Anwalt wirksam entbinden - auch wenn dies für ihn nachteilig ist[1].

bb) Gleiches gilt, wenn man in Abwandlung des Falles annimmt, daß Z von einem Erblasser A als Vor- und Y als Nacherbe eingesetzt wurden und daß Z zur Verwaltung des Nachlasses handelte. Auch hier kann Y den Rechtsanwalt von der Schweigepflicht entbinden, obwohl Y nicht Erbe des Vorerben, sondern lediglich Gesamtrechtsnachfolger des A ist, der aber nicht Geheimnisherr war. Entscheidend ist, daß auf Y der Verband vermögenswerter Rechte überging, bei dessen Verwaltung das Geheimnis entstanden ist.

cc) Mehrere Erben sind grundsätzlich gemeinsam vermögensverfügungsbefugt. Daher wird auch das Prozeßentscheidungsinteresse von allen wahrgenommen. Sie müssen also die Entbindungserklärung grundsätzlich gemeinsam abgeben. Besonderheiten können sich aber aus § 2039 BGB ergeben. Das verdeutlicht folgender Fall:

A und B sind Erben des E. Zum Nachlaß des E gehört ein umstrittener Anspruch gegen X auf Übereignung eines Bildes. X behauptet, der Kaufvertrag, der den Übereignungsanspruch begründen solle, sei nicht zustande gekommen. E hatte zum Abschluß dieses Kaufvertrages seinen Rechtsanwalt R mitgenommen. A klagt gegen X auf Übereignung und Herausgabe des Bildes an A und B(§ 2039 BGB). B ist an dem Bild nicht interessiert. A benennt R als Zeugen für den Vertragsabschluß und entbindet ihn von seiner

1 Für eine uneingeschränkte Entbindungsbefugnis der Erben ist offenbar OLG Dresden, Sächs. Ann. 30, 331.

Schweigepflicht. B lehnt es ab, R ebenfalls zu entbinden. R verweigert deshalb die Aussage.

Gemäß § 2039 BGB ist der Miterbe berechtigt, einen zum Nachlaß gehörenden Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen. Insoweit ist er also allein Träger des Prozeßentscheidungsinteresses. Er kann daher allein in dem Umfang entbinden, der notwendig ist, um den zum Nachlaß gehörigen Anspruch durchzusetzen. Anderenfalls könnte ein Miterbe, der einen Zeugen nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbindet, entgegen § 2039 BGB die Realisierung des Anspruchs vereiteln.

Für den Umfang des Prozeßentscheidungsinteresses ist der Umfang der Verfügungsbefugnis maßgebend. Daher kann der klagende Miterbe nur hinsichtlich solcher Tatsachen entbindungsbefugt sein, die anspruchsbegründende Wirkung haben. Da zum Beispiel die Ausübung von Gestaltungsrechten - wie etwa die Ausübung des Rücktritts- oder Anfechtungsrechts - ein Verfügungsakt ist, der nach § 2040 BGB nur von allen Erben gemeinsam ausgeübt werden kann[1], kann nur die Erbengemeinschaft eine sich darauf beziehende Entbindungserklärung abgeben[2].

dd) In Einzelfällen kann sich aus der gesetzlichen Wertung ergeben, daß das Prozeßentscheidungsinteresse auf Dritte übergeht, ohne daß diese in die Gesamtrechtsnachfolge eintreten. Das ist an Hand einiger typischer Fallgestaltungen zu verdeutlichen:

α) In gegen den Nachlaß geführten Prozessen kann ein Testamentsvollstrecker, der den gesamten Nachlaß verwaltet, anstelle des Erben passiv legitimiert sein (§ 2213 BGB). Wird er verklagt, rückt er also in die Rechtsstel-

1 Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., Anm. 3 zu § 2039 BGB und Anm. 4 zu § 2040 BGB.
2 A.A. Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 134, Fn. 14.

lung des Verstorbenen ein und nimmt insoweit auch das Prozeßentscheidungsinteresse wahr. Hält er es zur Verteidigung des Nachlasses für nötig, den Rechtsanwalt zu entbinden, muß dieses immer dann wirksam geschehen können, wenn das Prozeßentscheidungsinteresse das absolute Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen überwiegt.

β) Ähnliche Überlegungen begründen einen Übergang des Prozeßentscheidungsinteresses nach dem Tode des Geheimnisherrn in einem Ehelichkeitsanfechtungsverfahren. Zum Beispiel:

V ficht die Ehelichkeit des Kindes K an (§ 1594 BGB). K verteidigt sich damit, daß V die Anfechtungsfrist versäumt habe: V habe bereits vor 25 Monaten in einem Gespräch mit seinem Rechtsanwalt R zum Ausdruck gebracht, daß er von der nichtehelichen Abstammung des Kindes Kenntnis erlangt habe. V stirbt. Er hat E, einen Nichtverwandten, als seinen alleinigen Erben eingesetzt. Die Eltern des V nehmen den Prozeß auf. K benennt nun R als Zeugen für die von ihm erhobene Behauptung. R beruft sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Eltern des verstorbenen V entbinden ihn gemäß § 385 II ZPO.

Da das Recht, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, unübertragbar ist, können die Erben des verstorbenen Geheimnisherrn das in diesem Prozeß in Frage stehende Anfechtungsrecht nicht ausüben. Die Eltern sind jedoch nach dem Tode ihres Sohnes zur Führung des Prozesses legitimiert[1]. Daher können sie, wenn sie den Prozeß aufnehmen, in die Rechtsstellung des Verstorbenen eintreten. In diesem Umfang sind sie damit auch Träger des Prozeßentscheidungsinteresses geworden. Geht nicht ausnahmsweise das absolute Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen dem Prozeßentscheidungsinteresse vor, so ist im Beispielsfall die Entbindungserklärung der Eltern wirksam und die Zeugnisverweigerung des Anwalts unberechtigt.

---

1 Palandt-Lauterbach, 32. Aufl., Anm. 6 zu § 1595 a BGB.

γ) Auch für Fälle des § 844 II BGB ergibt sich die Entbindungsbefugnis der klagenden Unterhaltsberechtigten gegenüber dem Anwalt des verstorbenen Unterhaltsverpflichteten aus einem für den Verstorbenen wahrgenommenen Prozeßentscheidungsinteresse. Man denke an folgenden Fall:

X ist durch einen von Y verschuldeten Autounfall getötet worden. K, demgegenüber X unterhaltspflichtig war, klagt deshalb gegen Y auf Zahlung einer Geldrente (§ 844 II BGB). Y macht geltend, daß X als Schwerkranker nur noch eine geringe Lebenserwartung gehabt habe. Zum Beweis beruft er sich auf das Zeugnis des Anwalts R, den X wegen Errichtung eines Testaments konsultiert hatte. R verweigert die Aussage. K ist bereit, ihn zu entbinden.

Daß die Rechtsposition, die der Geschädigte nach dem Tode des Unterhaltsverpflichteten gegenüber dem Schädiger innehat, vom Unterhaltsverpflichteten abgeleitet ist, ergibt sich aus dem hinter § 846 BGB stehenden allgemeinen Rechtsgedanken: Hiernach entstehen Ansprüche des mittelbar Geschädigten nicht, wenn der unmittelbar Verletzte, handelte es sich um seine Ansprüche, keinen Ersatz verlangen könnte[1]. Ist demnach die Rechtsposition des Unterhaltsberechtigten nach dem Tode des Verpflichteten genauso angreifbar oder sicher wie dessen eigene, wenn dieser noch lebte, so steht er insoweit in einer einem Erben vergleichbaren Position. In diesem Rahmen muß er auch Inhaber des Prozeßentscheidungsinteresses werden.

Im Beispielsfall kann K daher den Rechtsanwalt entbinden, wenn nicht das absolute Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen X entgegensteht. Das wäre zum Beispiel möglich, wenn die zu offenbarenden Tatsachen eine ehrenrührige Krankheit des Verstorbenen betreffen.

---

1 Vgl. Staudinger-Schäfer, 1o./11. Aufl., Anm. 18 zu § 844 BGB.

III. Schlußbetrachtung

Wie Bosch[1] dargelegt hat, kann es nicht darum gehen, alle denkbaren Einzelfälle auf besondere Charakteristika zu untersuchen. Daher sollte auch hier lediglich versucht werden, ein allgemeines Kriterium zu entwickeln, daß die in Betracht kommenden Fälle sachgerecht erfaßt. Dieses ergibt sich aus den Zwecken, die mit dem durch das Zeugnisverweigerungsrecht im Anwalt-Mandanten-Verhältnis gewährten Schutz verfolgt werden. Einerseits soll der Anwalt das ihm Anvertraute lediglich verwenden, um die Rechte seines Mandanten zu sichern und durchzusetzen. Das darin zum Ausdruck gelangte Prozeßentscheidungsinteresse muß auch jeder Dritte nachweisen, der anstelle des ursprünglichen Geheimnisherrn die Entbindungsbefugnis ausüben will. Andererseits ist aber auch die zweite Schutzfunktion zu beachten, wonach der Mandant in seinem höchstpersönlichen Interesse die Offenbarung bestimmter Tatsachen ganz ausschließen kann. Nur eine am konkreten Fall vorzunehmende objektive Abwägung berücksichtigt in angemessener Weise beide Interessen, wenn der Mandant selbst nicht mehr deren Träger ist oder überhaupt nicht mehr bzw. nicht mehr sachgerecht entscheiden kann. Diese Abwägung nimmt grundsätzlich der Träger des Prozeßentscheidungsinteresses vor. Ist der Anwalt der Auffassung, daß dabei das absolute Geheimhaltungsinteresse seines ursprünglichen Mandanten nicht genügend berücksichtigt worden ist, so kann er trotz der ausgesprochenen Entbindung das Zeugnis verweigern. Über die Berechtigung seiner Weigerung entscheidet das Gericht.

---

1 Bosch, Grundsatzfragen, S. 1o4.

L E B E N S L A U F

Am 23.1.1944 wurde ich als Tochter des Friseurmeisters Wilhelm Pietsch und seiner Ehefrau Elli geb. Wickboldt in Empede Krs. Neustadt a/Rbge. geboren. Nach vier Volksschuljahren in Empede und Hannover besuchte ich seit dem Jahre 1954 die Käthe-Kollwitz-Schule in Hannover. An diesem neusprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium bestand ich 1963 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1963 nahm ich mein Studium an der Universität Tübingen zunächst mit einem Studienjahr am Leibniz-Kolleg auf. Daneben hörte ich die ersten Vorlesungen an der juristischen Fakultät. Nach einem weiteren Semester in Tübingen setzte ich im Wintersemester 1964/65 und im Sommersemester 1965 meine juristischen Studien an der Universität Genf fort.

Vom Wintersemester 1965/66 bis zum Wintersemester 1968/69 studierte ich an der Universität Göttingen. Am 19.12.1968 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Vom 1.4.1969 bis 3o.9.1969 war ich als Korrekturassistentin an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen tätig.

Von Oktober 1969 bis Oktober 197o studierte ich als Stipendiatin des DAAD in Oxford, Sommerville College. Auf Grund einer in dieser Zeit angefertigten Dissertation mit dem Thema "Professional Privileges in Civil Actions in English Law" erlangte ich am 3o.11.1971 das Diploma in Law der Universität Oxford.

Von Oktober 197o bis Dezember 1971 einschließlich war ich als wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Professor Dr. W. Henckel an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen tätig. Am 1.2.1972 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg ein. Nach drei Ausbildungsstationen in Hamburg und Brüssel habe ich zur Zeit Sonderurlaub. Seit dem 1.8.1973 bin ich Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.